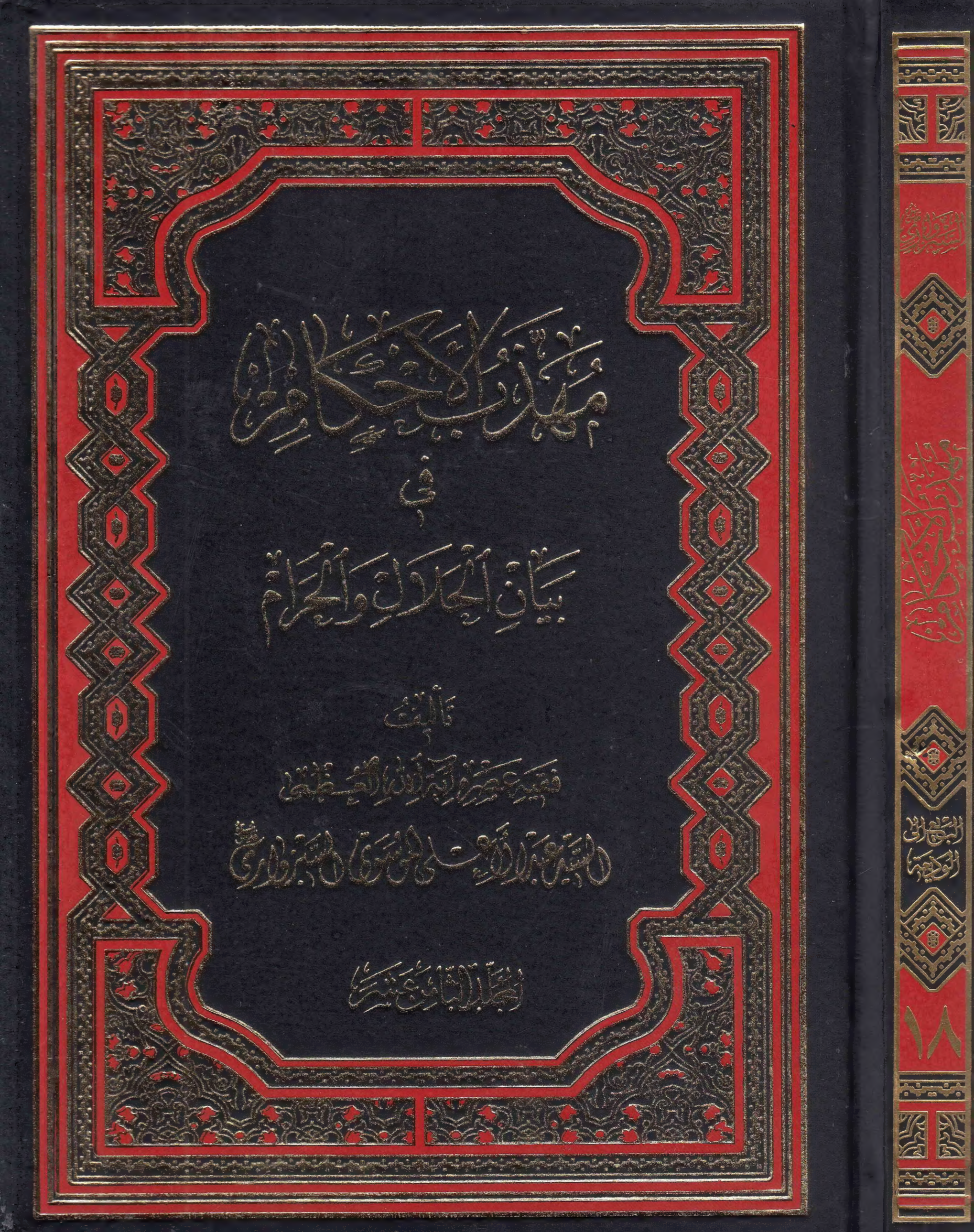


مهذب الأحكام
في
بيان الحلال والحرام
تأليف
فقيه عصره آية الله العظمى
السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري
المجلد الثامن عشر


شبكة الفكر
alfeker.net


مهذب الأحكام
في بيان الحلال والحرام

مهذّب الأحكام

في

بيان الحلال والحرام

تأليف

فقيه عصره آية الله العظمى

السيّد عبد الأعلى الموسوي السبزواري قدس سرّه

المجلّد الثامن عشر

سرشناسه	:سبزواری، عبدالاعلی، ۱۲۸۸؟ ـ ۱۳۷۲.
عنوان و نام پدیدآور	مهذب‌الاحکام‌فی‌بیان‌حلال‌والحرام /تألیف‌عبدالاعلی‌الموسوی‌السبزواری.
مشخصات نشر	: قم: دارالتفسیر، ۱۳۸۷ ـ
مشخصات ظاهری	۳۰ج
شابک	: دوره: 978-964-535-155-5 ج ۱۸: 978-964-535-176-0
وضعیت فهرست نویسی	:فیپا
یادداشت	:عربی.
یادداشت	:کتاب حاضر شرحی بر «عروة الوثقی» محمد کاظم یزدی است.
عنوان قراردادی	: عروة الوثقی. شرح.
موضوع	:یزدی،محمدکاظم‌بن‌عبدالعظیم،۱۲٤۷؟ـ۱۳۳۸؟ق.عروة‌الوثقی - نقدوتفسیر.
موضوع	: فقه جعفری ـ ـ قرن ۱٤ ق.
موضوع	: حلال و حرام.
شناسه‌افزوده	:یزدی،محمدکاظم‌بن‌عبدالعظیم،۱۲٤۷؟ـ۱۳۳۸؟ق.عروة‌الوثقی - شرح.
رده بندی کنگره:	BP ۱۸۳ / ۵ / ع ٤ ی ٤۰۲۱۵۲ ۱۳۸۷
رده بندی دیویی	:۲۹۷/۳٤۲
شماره کتابشناسی ملی	۱۵٦۸۰۲۸



اسم الكتاب: مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام

الجزء: الثامن عشر

تأليف: سماحة آية الله العظمىٰ السيد عبدالاعلىٰ السبزواري ﷺ

الطبعة: الاولىٰ

تاريخ الطبع: ۱٤۳۰ هـ. ق ـ ۱۳۸۸ هـ. ش ـ ۲۰۰۹ م

الناشر: دارالتفسير

المطبعة: نگين

الكميّة: ۲۰۰۰ نسخة

رقم الايداع الدولي للدوره: ۹۷۸-۹٦٤-۵۳۵-۱۵۵-۵ / 978-964-535-155-5

رقم الايداع للجزء الثامن عشر: ۹۷۸-۹٦٤-۵۳۵-۱۷٦-۰ / 978-964-535-176-0

يوّزع هذا الكتاب:

العراق: النجف الأشرف، سوق الحويش، مكتبة المهذّب، الجوّال ۰۷۸۰۱۵٤۱۵۲۳

ايران: قم، شارع معلم، ميدان روح‌الله، انتشارات دارالتفسير، تليفون ۷۷٤٤۲۱۲

بسم الله الرحمن الرحيم

بيع الصرف

وهو: بيع الذهب بالذهب أو الفضة، أو الفضة بالفضة أو بالذهب بلا فرق بين المسكوك منهما وغيره[1] ولا فرق فيه بين الخالص والمغشوش والمركب من أحدهما مع شيء آخر حتى الخيوط المصوغة من الذهب أو

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام

على أشرف خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين.

بيع الصرف

(١) هذا اصطلاح لدى الفقهاء، ويشهد له العرف الخاص في المسكوك أيضاً وقد اصطلح على من يبيع غير المسكوك منهما ب (الصائغ) ولا مشاحة فيه وقد جمع في هذا القسم من البيع حكمان.

أحدهما: الربا كل مع جنسه لأنهما من الموزون.

الثاني: التقابض في المجلس في كل منهما ولو بالنسبة إلى غير جنسه كالذهب بالفضة وبالعكس على ما يأتي تفصيله.

ولكن البحث في هذه المسائل ساقط في هذه الأعصار لرواج المعاملات

الفضة ومن شيء آخر[٢]. ويشترط في صحته التقابض في مجلس العقد فلو تفرقا ولم يتقابضا بطل البيع[٣].

في العالم بالنقود الورقية ولسقوط المعاملة بالفضة والذهب المسكوكين حتى انه يشتري المسكوك منهما وغير مسكوكهما بالنقود الورقية أيضاً.

ودعوى: أن منشأ اعتبار تلك النقود يرجع إلى الذهب والفضة لكونها طريقا إليهما.

مردود. أولا: بأن المنساق من أدلة بيع الصرف ما إذا كان الثمن والمثمن بنفسهما من الذهب أو الفضة أو بالاختلاف لا ما إذا كانا شيئا آخر وكان منشأ اعتباره الذهب أو الفضة.

وثانيا: أن منشأ اعتبار النقود الورقية المعادن والصناعات التجارية وسائر الجهات التي تعتبرها الدول وليس خصوص الذهب أو الفضة فتصير غالب المسائل المذكورة في بيع الصرف من كتب الفقهاء من المسائل الفرضية إلا ان يبدل الله الدهر عودا إلى بدء وليس ذلك منه تعالى ببعيد.

(٢) لإطلاق الأدلة الشامل لهذا التعميم، وظهور إجماعهم عليه أيضاً. إلا ان يشكل في الخيوط المصنوعة من أحدهما انها ليست من جنس أحدهما بل يطلق عليها شيء آخر عرفا كالكلبتون وغيرها فالتمسك بالإطلاق فيها تمسك بالدليل في الموضوع المشكوك.

(٣) لنصوص مستفيضة ـ مضافا إلى الإجماع.

منها قول علي عليه السلام في خبر ابن قيس: «لا يبتاع رجل فضة بذهب إلا يدا بيد، ولا يبتاع ذهبا بفضة إلا يدا بيد»[١].

ومنها قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح ابن حازم: «إذا اشتريت ذهبا بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه وان نزى حائطا فانز معه»[٢]، إلى

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الصرف ٣.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الصرف :٨.

ولو قبض البعض صح فيه خاصة[٤] وبطل بالنسبة إلى ما لم يقبض[٥] ويتخيران معا في إجازة ما صح فيه وفسخه[٦]، وكذا إذا بيع أحد النقدين مع غيرهما صفقة واحدة ولم يقبض الجملة حتى تفرقا بطل البيع بالنسبة

غير ذلك من الأخبار، وظاهر النصوص ومعقد الإجماع كون القبض شرطا للصحة وقبله لا صحة ولا نقل ولا انتقال.

ونسب إلى الصدوق عدم اشتراط التقابض في المجلس، لأخبار الساباطي الأربعة المشتملة على نفي البأس عن بيع الدراهم بالدنانير نسبة وعن سلف الدنانير بالدراهم[١]، وموثق زرارة عن أبي جعفر قال: «لا بأس أن يبيع الرجل الدنانير نسية بمائة أو أقل أو أكثر»[٢]، ولكنه لا بد من طرحها أو حملها على بعض المحامل لمخالفتها للإجماع والنصوص المعمول بها عند الأصحاب.

(٤) لوجود المقتضى وفقد المانع بالنسبة إليه فلا بد من الصحة.

(٥) لفقد شرط الصحة بالنسبة إليه فلا بد من البطلان ولا بأس باختلاف حكم عقد واحد بحسب أجزاء متعلقة لانحلال البيع بالنسبة إلى الاجزاء كما في بيع ما يملك وما لا يملك فيصح في الأول ويبطل في الأخير.

(٦) لتبعض الصفقة ما لم يكن تفريط في البين والا فيختص الخيار بغير المفرط.

وأما صحيح الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ابتاع من رجل بدينار وأخذ بنصفه بيعا وبنصفه ورقا؟ قال عليه السلام: لا بأس، وسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقا أو بيعا ويترك نصفه حتى يأتي بعد فيأخذ به ورقا أو بيعا؟ فقال: ما أحب ان أترك منه شيئا حتى آخذه جميعا فلا تفعله»[٣]، فهو مجمل لا بد من رده إلى أهله أو حمله على ما لا يخالف القواعد.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الصرف: ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ ج :١٢.
(٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب الصرف حديث :٩.

إلى النقد وصح بالنسبة إلى غيره مع الخيار كما مر[٧].

(مسألة ١): لو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل البيع فاذا تقابضا قبل ان يفترقا صح[٨].

(مسألة ٢): إنما يشترط التقابض في معاوضة النقدين إذا كانت بالبيع دون ما إذا كانت بغيره، كالصلح والهبة المعوضة وغيرهما[٩].

(مسألة ٣): يكفي في القبض كونه في الذمة ولا يحتاج إلى قبض آخر[١٠]، فلو كان في ذمة زيد دراهم لعمرو فباعها بالدنانير قبل التفرق صح[١١] بل لو وكلّ زيد بأن يقبض عنه الدنانير التي صارت ثمن

---

(٧) أما بطلان البيع بالنسبة إلى النقد فلعدم تحقق شرط الصحة وهو القبض في المجلس. وأما الصحة بالنسبة إلى غيره فلعدم اعتبار القبض في المجلس فيه وحينئذ فمقتضى الإطلاقات والعمومات الصحة. وأما الخيار فلتبعض الصفقة كما مر.

(٨) لأن المناط بالمجلس في المقام حالة اجتماع المتبايعين في مقابل التفرق لا حالة إنشاء المعاملة، ويدل عليه قول أبي عبدالله عليه السلام فيما مر من صحيح منصور: «فلا تفارقه حتى تأخذ منه وإن نزى حائطا فانز معه» فإنه نص في أن المناط في البطلان على تحقق المفارقة لا ان يكون المناط حالة اجتماع مجلس إنشاء العقد

(٩) لاختصاص أدلة اعتباره بخصوص البيع فيرجع في غيره إلى الأصل والإطلاق والعموم.

(١٠) لأن ما في الذمة كالمقبوض عرفا وشرعا، لفرض تسلط الشخص على ذمته كتسلطه على ما قبض. هذا إذا كانت الذمة مشغولة قبل العقد وان اشتغلت بالعقد فمع تحقق القبض الخارجي يصح ومع عدمه لا يصح.

(١١) لفرض أن الدراهم في ذمة زيد فهي مقبوضة له فعلا والمفروض الدنانير صارت مقبوضة لعمرو فعلا فتحقق القبض من الطرفين قبل التفرق.

الدراهم صح أيضاً(١٢).

(مسألة ٤): إذا اشترى منه دراهم ببيع الصرف ثمَّ اشترى بها منه دنانير قبل قبض الدراهم لم يصح البيع الثاني(١٣) فإذا قبض الدراهم بعد ذلك قبل التفرق صح الأول(١٤) وان لم يقبضها حتى افترقا بطل الأول أيضاً(١٥).

(مسألة ٥): إذا كان له على شخص دراهم فقال للذي عليه الدراهم:

---

(١٢) لأن قبض الوكيل كقبض الموكل فقد تحقق القبض قبل التفرق من كل منهما.

(١٣) لعدم تحقق قبض الدراهم بعد في العقد الأول الذي تترتب عليه صحة الثاني فيبطل البيع الثاني من هذه الجهة سواء كانت الدراهم كلية أو شخصية، لاعتبار القبض على أي تقدير، وما تقدم من أن ما في الذمة كالمقبوض إنما هو فيما إذا كانت الذمة مشغولة قبل البيع لا ما إذا اشتغلت به.

وقد يستدل على البطلان بمفهوم صحيح ابن عمار قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام الرجل يجيئني بالورق يبيعها يريد بها ورقا عندي فهو اليقين انه ليس يريد الدنانير ليس يريد إلا الورق فلا يقوم حتى يأخذ ورقي فاشترى منه الدراهم بالدنانير فلا تكون دنانيره عندي كاملة فأستقرض له من جاري فأعطيه كمال دنانيره ولعلي لا أحرز وزنها، فقال عليه السلام: أ ليس تأخذ وفاء الذي له؟ قلت بلى، قال عليه السلام: ليس به بأس»[1]، ولكنه مجمل أو أجنبي عن المقام فراجع المطولات.

(١٤) لتحقق القبض فيكون المقتضي للصحة موجود والمانع عنه مفقودا فيصح لا محاله ويحصل بذلك منشأ صحة العقد الثاني أيضاً.

(١٥) لما مر من اعتبار القبض قبل التفرق في بيع الصرف.

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصرف حديث :٣.

«حولها دنانير» فرضي بذلك وتقبل دنانير في ذمته بدل الدراهم صح ذلك ويتحول ما في ذمته من الدراهم إلى الدنانير وإن لم يتقابضا(١٦)، وكذلك لو كان له عليه دنانير فقال له حولها دراهم(١٧).

(مسألة ٦): الدراهم والدنانير المغشوشة ان كانت رائجة بين عامة

---

(١٦) للأصل بعد الشك في أن هذا بيع حتى يجري عليه اشتراط التقابض في المجلس أولا مضافا إلى الإجماع والنص الخاص كصحيح ابن عمر، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: تكون للرجل عندي من الدراهم الوضح فيلقاني فيقول كيف سعر الوضح اليوم؟ فأقول له: كذا فيقول أ ليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضحا؟ فأقول بلى فيقول لي: حولها دنانير بهذا السعر وأثبتها لي عندك فما ترى في هذا؟ فقال لي إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك فقلت: اني لم أوازنه ولم أناقده انما كان كلام مني ومنه، فقال أ ليس الدراهم من عندك والدنانير من عندك؟ قلت: بلى، قال فلا بأس بذلك»[١]، وغيره من الأخبار، والمراد من الوضح أي: الصحيح الرائج.

(١٧) للأصل بعد الشك في ان ذلك من البيع، مضافا إلى الإجماع صحيح عبيد بن زرارة قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام يكون عنده دراهم فآتيه فأقول: حولها دنانير من غير أن أقبض شيئا؟ قال عليه السلام: لا بأس قلت: يكون لي عنده دنانير فآتيه فأقول: حولها دراهم وأثبتها عندك ولم أقبض منه شيئا، قال عليه السلام: لا بأس»[٢]، وحيث ان الحكم مطابق للأصل وقاعدة السلطنة يجري في غير الصرف أيضاً كالنقود الورقية أيضاً، فلو كان له على أحد نقود ورقية ايرانية أو سعودية، فقال حولها عراقية يجوز ذلك بعد تراضيهما عليه مع انه لو كان بيعا يجوز ذلك فيها أيضاً لعدم اعتبار التقابض في المجلس فيها.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الصرف حديث: ١.
(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب الصرف حديث: ٢.

الناس مع علمهم بأنها كذلك يجوز إخراجها وإنفاقها والمعاملة بها(١٨) وإلا فلا يجوز إنفاقها إلا بعد إظهار حالها(١٩) بل الأحوط ترك المعاملة بها(٢٠).

---

(١٨) للسيرة القطعية، وعمومات الأدلة، وأصالة الإباحة، ونصوص كثيرة منها خبر حريز. قال: «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها، فقال عليه السلام: لا بأس إذا كان جواز المصر»[1] وذيله يشمل الدنانير وان لم تكن مذكورة في الصدر بل جميع هذه النصوص إرشاد إلى السيرة لا ان تكون تعبدا شرعيا.

(١٩) إجماعا ونصا كخبر ابن مسلم، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثمَّ يبيعها، قال عليه السلام: إذا يبين ذلك فلا بأس»[2]، ويشمل ما إذا كان الغش من غيره أيضاً لأن الحكم موافق لقاعدة نفي الضرر.

(٢٠) لمكاتبة جعفر بن عيسى قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام ما تقول جعلت فداك في الدراهم التي أعلم انها لا تجوز بين المسلمين إلا بوضيعة، تصير إليّ من بعضهم بغير وضيعة بجهلي به وانما آخذه على انه جيد أيجوز لي إن آخذه وأخرجه من يدي على حد ما صار إليّ من قبلهم؟ فكتب لا يحل ذلك، وكتبت إليه جعلت فداك هل يجوز أن وصلت إلى رده على صاحبه من غير معرفته به، أو إبداله منه وهو لا يدري أني أبدّله منه أو أرده عليه فكتب لا يجوز»[3]، وخبر المفضل قال: «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فألقى بين يديه دراهم فألقى إليّ درهما منها، فقال: أيش هذا؟ فقلت: ستوق، فقال: وما الستوق؟ فقال: طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة، فقال عليه السلام: اكسرها فإنه لا يحل

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الصرف حديث: ١٠ و ٢.

(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الصرف حديث :٨.

و لو كانت معمولة لأجل غش الناس لا يجوز إبقائها[٢١].

(مسألة ٧): لو بيعت الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب لا بد من مراعاة ان لا يلزم الربا[٢٢] وحينئذ يتخلص منه بإحدى الطرق التي تقدم سابقا[٢٣].

ومنها: الضميمة ولو كانت هي الغش فيهما. بخلاف ما إذا بيع الذهب بالفضة أو بالعكس إذ لا رباء حينئذ[٢٤]، وكذا لا رباء في الريال المعهود إذا بيع بمثله[٢٥]، وكذا في كسور الريال من النصف والعشر ونحو ذلك.

(مسألة ٨): يكفي في الضميمة وجود الغش إن كان له مالية عرفية فإذا بيعت فضة مغشوشة بمثلها جاز بالمثل إذا فرض التساوي في الغش

بيع هذا ولا إنفاقه»[١]، ولو لا قصور السند لصلح للجزم بالحرمة مع إمكان حمل إطلاقها على ما إذا لم يبين الحال. وتقدم في المكاسب المحرمة ما ينفع المقام[٢].

(٢١) لكونها حينئذ مادة الفساد والإفساد ويستفاد ذلك مما مر من خبر المفضل أيضاً ويجري تمام ما مرّ في النقود الورقية، لكون جميع ما مر مطابق لقاعدة نفي الضرر في الجملة وتقدم في المكاسب المحرمة مسألة ٢٠ ما ينفع المقام[٣].

(٢٢) لأنهما موزونان ومثليان فيتحقق موضوع الرباء.

(٢٣) وتقدم في مسألة ١٩ من المسائل التي يتخلص بها من الربا[٤].

(٢٤) لفقد شرط المثلية.

(٢٥) لأنه من المعدود لا الموزون فلا موضوع للربا فيه.

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الصرف حديث: ٥.

(٢) و (٣) راجع ج: ١٦ صفحة: ١٠٨ و٦٢.

(٤) راجع ج: ١٧ صفحة: ٣٢٢ ـ ٣٢٧.

عند أهل الخبرة أو كان تفاوت في البين ولكن كان بحيث يتسامح فيه عرفا[٢٦]، وكذا يجوز بالتفاضل أيضاً[٢٧]، وإذا بيعت المغشوشة بالخالصة لا بد وان تكون للخالصة زيادة على الفضة المغشوشة لتقع تلك الزيادة في مقابل الغش[٢٨].

(مسألة ٩): إذا اشترى فضة معينة بفضة أو بذهب فوجدها من غير

---

(٢٦) لتحقق المثلية حينئذ في الجنس الربوي فتشمله الإطلاقات والعمومات الدالة على جواز البيع مثلا بمثل، وكذا في صورة التفاوت، لفرض انه مما يتسامح فيه فترجع إلى المثلية أيضاً.

(٢٧) لوقوع الزيادة في مقابل الغش المفروض ان له مالية يقابل بالمال فلا يلزم محذور الربا حينئذ.

(٢٨) لفرض أن للزيادة مالية لا بد وان يقع بإزائها المال ولا ربا حينئذ لوقوع الزيادة بإزاء الغش الذي له مالية هذا إذا وقعت المعاملة بالنسبة إليها أيضاً

ولكن لو أعطيت مجانا أو لم يكن لها مالية فلا يلزم ذلك بل قد تكون الزيادة في الخالصة موجبة للربا فيبطل البيع من هذه الجهة.

وخلاصة الأقسام سبعة.

الأول: كون الغش يسيرا يتسامح فيه عرفا لا بد فيه من اعتبار المثلية لئلا يلزم الرباء ولا يجوز التفاضل.

الثاني: كونه مما لا يتسامح فيه ولم يكن له قيمة يجب التماثل ولا يجوز التفاضل.

الثالث: مما لا يتسامح وكانت له قيمة يجوز التفاضل حينئذ لوقوع الزيادة في مقابل الزيادة.

الرابع: كون كل منهما مشتملا على الغش الذي له قيمة يجوز التفاضل لانصراف الزيادة إلى الغش.

الخامس: كون كل منهما مشتملا على الغش مع عدم القيمة له فإن علم

الجنس ـ كالنحاس والرصاص ـ بطل البيع[٢٩] وليس له مطالبة البدل ولا الأرش، كما انه ليس للبائع إلزامه به[٣٠]، ولو وجد بعضه، كذلك بطل فيه وصح في الباقي[٣١] وله رد الكل[٣٢]، كما أن له أخذ الجيد فقط بحصة من الثمن[٣٣]، وإذا اشترى فضة كليا في الذمة بذهب أو فضة وبعد ما قبضها وجد المقبوض ـ كلا أو بعضا ـ من غير الجنس فإن كان قبل ان يتفرقا فللبائع الابدال بالجنس وللمشتري مطالبة البدل[٣٤]، وان كان بعد التفرق بطل البيع في الكل أو البعض كما مر[٣٥].

مقدار الغش وكانا متساويين يجوز البيع متساويا ولا رباء حينئذ.

السادس: هذه الصورة مع التفاوت في مقدار الغش لا يجوز لأجل الرباء.

السابع: هذه الصورة مع عدم العلم بالمقدار ولا يجوز لاشتراط العلم بالتساوي كما مر ويتجرى هذه الوجوه في كل ربوي مطلقا إذا كان لأحدهما أو لكل منهما خليط غشا كان أو غيره. ومنه يظهر حكم الخيوط التي تصنع من الذهب وغيره.

(٢٩) لأن ما قصد وقوع البيع عليه لم يقع في الخارج، وما وقع عليه البيع لم يكن مقصودا هذا مضافا إلى الإجماع على البطلان.

(٣٠) لعدم حق لأحدهما على الآخر بعد بطلان العقد الذي وقع بينهما.

(٣١) أما البطلان فلما مر في سابقة. وأما الصحة في الباقي فلوجود المقتضي وفقد المانع فتشمله الأدلة لا محالة.

(٣٢) لتبعض الصفقة.

(٣٣) لانحلال البيع بالنسبة إلى أجزائه والمفروض ان له الخيار بما شاء وأراد.

(٣٤) لعدم فردية المقبوض للكي، فيكون هذا القبض كالعدم فعلى البائع الإبدال بمقتضى التزامه وللمشتري المطالبة بمقتضى حقه.

(٣٥) لما تقدم من اعتبار التقابض قبل التفرق لأن بالتفرق قبله يبطل البيع

هذا كله إذا كان من غير الجنس، ولو كان من الجنس ولكن ظـهر فـيه عيب كخشونة الجوهر والغش الزائد على المتعارف واضطراب السكة ونحوها فـفي مـا إذا كـان المـبيع فـضة مـعينة فـي الخـارج كـان له الخـيار بـرد الجميع أو إمساكه(٣٦) بل له رد المعيب وحـده أيـضاً(٣٧)، ويـجوز له أخـذ الأرش لو كان العوضان مـتجانسين ـ كـالفضة بـالفضة ـ فـضلا عـما اخـتلفا كالفضة بالذهب أو بالعكس(٣٨) ولا فرق في ذلك بين كون الأرش مـن غـير

أما في الكل ان لم يقبض الكل أو في البعض إن لم يقبض كذلك.

(٣٦) لما تقدم في خيار العيب الشامل للمقام أيضاً.

(٣٧) راجع مسألة ١٨ من خيار العيب[١]، فقد تقدم تفصيل المقام فيها.

(٣٨) النزاع في جواز أخذ الأرش في المتجانسين صغروي لا أن يكون كبرويا، فإن استظهر من الأدلة ان الأرش جزء من العوضين يترتب عليه جميع أحكام العوضين مطلقا فلا يجوز أخذ الأرش للزوم الرباء وكذا لا يجوز أخذه بعد التفرق في المقام، وان استظهر العدم لا يترتب عليه تلك الاحكام بلا كلام، وكذا لو شك فيه لأن ترتب أحكام العوضين عليه حينئذ من التمسك بالدليل في الموضوع المشتبه فلا بد من الرجوع إلى الأصل، وما استشهد به لكونه جزء من الثمن وجوه كلها مخدوشة:

الأول: تعبير بعض الفقهاء انه جزء من الثـمن نسـبته إليـه كـنسبة قـيمة الصحيح إلى المعيب.

وفيه. أولا: انه من باب الغالب.

وثانيا: لا اعتبار بقول البعض ما لم يكن من الإجماع المعتبر والظاهر عدم تحققه.

---

(١) تقدم في ج: ١٧ صفحة: ١٨٣.

الثاني: ذكر لفظ الرد في بعض الأخبار كقول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر طلحة: «يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء»[١]، وهي أخبار كثيرة وردت في بيع الجارية.

الثالث: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان علي ابن الحسين عليه السلام: لا يرد التي ليست بحبلى إذا أوطأها، وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها»[٢]، ومثله غيره.

وفيه: أن الرد أعم من ان يكون من الثمن لأنه يستعمل بمعنى الدفع كما في الحديث، «الدعاء يرد القضاء»[٣]، وبمعنى الرجوع كما في قوله تعالى: ﴿فَارْتَدَّ بَصِيراً﴾[٤]، أي رجع بصيرا، وفي المقام يصح أن يراد منه الدفع وهو أعم من أن يكون من الثمن أو غيره.

وأما قوله عليه السلام: «يضع له من ثمنها بقدر عيبها:

ففيه. أولا: انه محمول على الغالب.

وثانيا: ان التمسك به لعدم كفاية غير الثمن يكون من مفهوم اللقب وقد ثبت عدم اعتباره مضافا إلى ما هو المعلوم من ان المناط هو تدارك المالية وهو يحصل ولو بغير الثمن والمسألة بحسب الأصل من صغريات الأقل والأكثر، لأن دفع مقدار تفاوت المالية معلوم قطعا وخصوصية كونه من الثمن مشكوكة يرجع فيها إلى الأصل، مع انه لو كان جزء من الثمن فاعتبار التقابض فيما وقع عليه عقد الصرف حين إنشاء المعاملة كلا وجزء مسلم وما خرج عنه ولو كان من تبعاته لا دليل على اعتبار التقابض في المجلس فيه أيضاً ومع الشك في شمول الأدلة له يرجع إلى الأصل هذه خلاصة ما ينبغي ان يقال في المقام.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام العيوب ٣ و ٥.
(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب أحكام العيوب ٣ و ٥.
(٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب الدعاء.
(٤) سورة يوسف :٩٦.

النقدين أو منهما(٣٩). هذا في المبيع الشخصي.

وأما إذا كان كليا في الذمة وظهر عيب في المقبوض كان له الخيار بين فسخ البيع ورد المقبوض وبين إمضائه وإمساك المعيب بالثمن(٤٠)، كما أن له مطالبة البدل أيضاً قبل التفرق(٤١) وبعده أيضاً(٤٢).

وأما الكلمات: فنعم ما قاله صاحب الجواهر «قدس» فيها: «و لو أعطيت التأمل حقه في المقام بان لك أن كثيرا من الكلام دخان بلا ضرام وسفسطة بلا حاصل ومتبعة بلا طائل» ولكن لا بد من مراعاة الاحتياط.

(٣٩) لما مر من أن الأرش نحو غرامة ومن تبعات العوضين لا من نفسهما فلا يلزم منه الربا ولا يعتبر فيه التقابض في المجلس لخروجه عن ما وقع عليه الإنشاء المعاملي ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه.

(٤٠) لما تقدم في خيار العيب من جريانه في المبيع الكلي أيضاً[١]

(٤١) لبقاء أثر البيع بعد عدم تحقق الافتراق حتى يبطل فله المطالبة بحقه.

(٤٢) لأصالة عدم اعتبار القبض في المجلس بالنسبة إلى البدل إلا مع دليل يدل عليه وهو مفقود إلا دعوى: ان هذا مقتضى البدلية وإن البدل في الواقع هو المبيع فيجري عليه جميع أحكامه.

وفيه: ان التقابض في العوضين قد تحقق قبل التفرق، لأن المقبوض وان كان معيبا إلا أن عيبه لم يخرجه عن حقيقة الجنسية كما هو المفروض وقد ملكه المشتري ونماؤه له من حين العقد إلى حين الرد فقد وقع أصل البيع صحيحا غاية الأمر ان له طلب حقه الذي حصل له بالبيع، والبيع وقع صحيحا بالقبض الأول، ولذا يجوز له مطالبة البدل وإن كان لم يقع صحيحا فلا وجه لمطالبة البدل بل كان البدل بنفسه بيعا مستقلا مستأنفا.

---

(١) راجع ج: ١٧ صفحة: ١٨٥.

إن كان الأحوط خلافه(٤٣)، كما انه يجوز له أخذ الأرش في المتجانسين كالذهب بالذهب فضلا عن المتخالفين كالذهب بالفضة وبعد التفرق فضلا عما قبله(٤٤).

(مسألة ١٠): لا يجوز أن يشتري من الصائغ خاتما أو قرطا مثلا من فضة أو ذهب بجنسه مع زيادة بملاحظة أجرته(٤٥) ويجوز أن يشتريه بغير جنسه مماثلا ويعين له أجرة معينة لصياغته ولو كانت من نفس الثمن، كما يجوز فيما إذا كان الفص من الصائغ وكان من غير الجنس أن يجعل الزيادة في مقابل الفص(٤٦).

والحاصل: ان البدل إما عين المبيع الأول أو جزئه، أو تدارك شيء حصل لأجل الالتزام في ضمن البيع الأول والأولان معلوما العدم والأخير لا دليل على كونه في حكم العوضين من كل جهة فلا بد فيه من الرجوع إلى الأصل، ولذا نسب إلى المشهور جواز الأخذ بعد التفرق أيضاً.

(٤٣) خروجا عن خلاف من ذهب إلى عدم الجواز كالشهيد «ره» و لكن لا دليل له عليه.

(٤٤) لما أثبتناه:

أولا: من ثبوت خيار العيب في الكلي أيضاً.

وثانيا: بأن الأرش خارج عن العقد الذي وقع على العوضين فلا يجري عليه حكم الرباء ولا يعتبر فيه التقابض في المجلس فراجع ما سبق وتأمل فيه.

(٤٥) لأنه من الربا المحرم.

(٤٦) أما الأول فلأنه خارج عن موضوع الرباء تخصصا فتشمله إطلاقات أدلة الجواز وعموماته.

وأما الثاني فلوقوع العقد على المتماثلين في الربا ولا ريب في جوازه نصا وفتوى ـ كما تقدم ـ وتعين كون الزيادة في مقابل الأجرة وتشملها عمومات أدلة

(مسألة ١١): لو اشتغلت ذمته لشخص بأحد النقود الورقية ـ الرائجة في الدول ـ المختلفة السعر بعضها مع بعض مع قسم آخر منها يتصور فيه وجوه:

الأول: ان يكون عليه نقد عراقي مثلا وأعطاه من النقد الايراني مثلا بعنوان الوفاء والاستيفاء دفعة أو تدريجا فتفرغ ذمته بمقدار ما أعطاه بسعر وقت الأدا(٤٧).

الإجارة لوجود المقتضى وفقد المانع ويصير البائع شريكا مع المشتري بحسب المقدار المجعول له وأما الأخير فتقع الزيادة في مقابل الضميمة، وقد تقدم عدم الرباء حينئذ تخصصا.

(٤٧) لخبر إبراهيم بن ميمون عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الرجل يكون له على رجل دراهم فيعطيه دنانير ولا يصارفه فتصير الدنانير بزيادة أو نقصان، قال: له سعر يوم أعطاه»[١]، وخبر الهاشمي، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه فيأخذ مكانها ورقا في حوائجه وهو يوم قبضت سبعة وسبعة ونصف بدينار، وقد يطلب صاحب المال بعض الورق، وليست بحاضرة فيبتاعها له الصيرفي بهذا السعر ونحوه ثمَّ يتغير السعر قبل ان يحتسبا حتى صارت الورق اثنى عشر بدينار، هل يصلح ذلك له وانما هي بالسعر الأول حين قبض كانت سبعة وسبعة ونصف بدينار؟ قال عليه السلام: إذا وقع إليه الورق بقدر الدنانير فلا يضره كيف كان الصروف فلا بأس»[٢].

وقد وردت الأخبار موافقة للقاعدة لأن الذمة اشتغلت بعين النقد العراقي والمفروض ان الأداء ليس بعينه بل ببدله وقد تراضيا عليه والمناط في تعين

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب الصرف :٥ / ١.
(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب الصرف :١.

الثاني: أن الدفع والأخذ بعنوان القرض والاقتراض ممن اشتغلت ذمته لشخص بالنقود العراقية يدفع إليه بعنوان القرض نقودا ايرانية، ولا ريب في بقاء اشتغال ذمته بما كانت مشغولة به واشتغال ذمة الآخذ بالنقود الايرانية فهناك ذمتان مشغولتان بشيئين ويجوز لكل منهما مطالبة صاحبه عما عليه مع حلول الأجل (٤٨). ولا يقع التهاتر بين الذمتين (٤٩).

الثالث: أن يبيع أحدهما ما في ذمته بما في ذمة الآخر مع حلول كل

البدل للبدلية والعوضية انما هو وقت الأداء عند متعارف الناس فيسقط من الدين بقدر الوفاء بما يتعين حين الأداء ولا بد فيه من معرفة القيمة السوقية لئلا تبقى الذمة مشغولة بشيء ولا يلزم ضرر على المديون، ويدل على أصل المدعي في الجملة إطلاق خبر الحلبي، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له عليه دنانير؟ فقال عليه السلام: لا بأس بأن يأخذ بثمنها دراهم»[1]، وخبره الآخر: «في الرجل يكون له الدين دراهم معلومة إلى أجل فجاء الأجل وليس عند الذي حل عليه دراهم، فقال له: خذ مني دنانير بصرف اليوم، قال عليه السلام: لا بأس»[2]، ونحوهما غيرهما وليس هذا بيعا لعدم قصد ذلك منهما بل هو وفاء عرفا.

(٤٨) لأن لكل دائن مطالبة مديونه بما له عليه من الدين مع الحلول بالضرورة الفقهية بل الدينية.

(٤٩) بناء على المشهور من اعتبار اتحاد الجنس في مورد التهاتر وكون النقد العراقي والايراني مثلا مختلفا فلا موضوع للتهاتر ولكن اعتبار اتحاد الجنس في مورد التهاتر غير مسلم، لأصالة عدمه إلا فيما هو المتيقن منه وأما كون النقد الورقي مختلف مشكل بل ممنوع عرفا وانما الاختلاف بين

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الصرف: ١.
(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الصرف: ٢.

منهما(٥٠) ولكن الأحوط الترك(٥١).

الرابع: إبراء كل منهما ماله على الآخر أو مصالحة كل منهما ذمته بما في ذمة الآخر ولا بأس بهما(٥٢).

الخامس: دفع أحد النقدين دفعة أو متدرجا بعنوان الامانة ثمَّ الاحتساب من الدين بعد ذلك ولا بأس به أيضاً(٥٣) ويلاحظ السعر عند الاحتساب في هذه القسمين ولا ينظر إلى اختلاف السعر قبل ذلك(٥٤).

(مسألة ١٢): إذا حصل دين بنقد معين كمأة ريال سعودي مثلا سواء كان من الاقتراض أو من ثمن البيع أو غيرهما إلى أجل معلوم وزاد سعر ذلك النقد أو نقص عنه عند حلول الأجل عن سعره يوم الاشتغال لا يستحق إلا عين ذلك النقد ولا ينظر إلى زيادة سعره ونقصانه(٥٥)

إضافته من مجرد الاعتبار الخاص فقط وفي مثله لا يقال انه مختلف الجنس.

نعم، لو كان من الدرهم الفضي والدينار الذهبي لكانا مختلفي الجنسين كما هو واضح.

(٥٠) مقتضى الإطلاقات جوازه إلا إذا شمله النهي عن بيع الدين بالدين والكالي بالكالي على ما يأتي ويمكن الاشكال فيه بأن المراد به المؤجل لا الحال المعجل ويأتي التفصيل في كتاب الدين ان شاء الله تعالى وتقدم بعض القول في النقد والنسية.

(٥١) خروجا عن خلاف من جعل هذا أيضاً عن بيع الدين بالدين.

(٥٢) لإطلاق دليل الإبراء والصلح الشامل للمقام من غير مانع في البين.

(٥٣) لقاعدة السلطنة، وظهور الإجماع.

(٥٤) لأنه وقت الانتقال وتفريغ الذمة والاستقرار، ويشهد له ما تقدم من الأخبار.

(٥٥) الديون التي تكون في النقود المتبدلة من جهة السعر يتصور

(مسألة ١٣): يجوز أن يبيع مثقالا من فضة خالصة من الصائغ مثلا بمثقال من فضة فيها غش متمول ويشترط عليه أن يصوغ له خاتما مثلا.

على وجوه:

الأول: أن يكون متعلق الدين الورق النقدي المعين كمأة ريال سعودي مثلا كائنا ما كان السعر من حيث نسبته إلى سائر النقود ولا إشكال في فراغ الذمة بإعطائه عند حلول الأجل كائنا ما كان السعر بحسب سائر النقود لفرض بناء هذا النحو من الدين عليه ولا يضر زيادة قيمته بحسب سائر النقود أو تساويه معه أو بنقيصة عنه وقد ورد لصورة النقيصة فيمن استقرض دراهم وأسقطها السلطان وجاء بدراهم أخرى[١]، من أنه ليس للدائن إلا الدراهم الأولى كما يأتي في كتاب القرض إن شاء الله.

الثاني: ان يعين عليه الأداء حين تساوى سعره مع النقد الآخر أو نقيصة عنه لغرض صحيح فيه ولا إشكال في الجواز حينئذ للأصل وقاعدة السلطنة بلا مانع في البين من نص أو إجماع.

الثالث: ان يعين عليه تعين السعر حين زيادة سعره على النقد الآخر كما إذا كان الدين ألف ريال سعودي مثلا واشترط الدائن على انه إذا صار سعره ثلاثة آلاف تومان ايراني يعطيه ألف ريال سعودي الذي هو الدين وكان ذلك الوقت معلوما بحسب القرائن، ومقتضى الأصل والقاعدة الجواز أيضاً في غير القرض. وأما فيه فمبنى على أن مطلق الشرط ولو كان فيه غرض صحيح في الجملة مما يوجب الرباء أو لا، فعلى الأول يبطل وعلى الأخير لا بأس به ولا دليل على كون مطلق الشرط مما يوجب الربا بل الأصل والإطلاق ينفيه والمنساق من الأدلة إنما هو شرط الزيادة والنفع الخاص على ما سيأتي تفصيله

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب الصرف.

وكذا يجوز ان يقول للصائغ صغ لي خاتما وأنا أبيعك عشرين مثقالا من فضة جيدة بعشرين مثقالا من فضة رديئة مثلا ولا يلزم الربا في الصورتين(٥٦).

(مسألة ١٤): لو باع عشرة دنانير عراقية بمائة ريال سعودي إلا ريال ـ مثلا ـ صح(٥٧) لكن بشرط أن يعلما نسبة السعر بين العوضين(٥٨)، وكذا الكلام في جميع النقود الورقية العالمية تماما أو كسرا(٥٩).

في القرض ان شاء الله تعالى.

(٥٦) أما في الأول، فلوقوع زيادة الفضة الخالصة وصياغة الخاتم في مقابل الغش فينتفي موضوع الربا، مضافا إلى خبر الكناني قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ: صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهما طازجا بدرهم غلة؟ قال عليه السلام: لا بأس»[١]، والطازج الخالص والغلة المغشوش، وهذا الخبر وان ورد في الدرهم ولكن حيث أن الحكم موافق للقاعدة تعدينا منه إلى مثقال الفضة مثلا فقد ورد الحديث موافقا للقاعدة.

وأما الثاني: فلأنه من إيجاد الداعي لبيع الجنس الواحد مثلا بمثل ولا تشمله أدلة حرمة الربا، لعدم وقوع شرطه في البيع الذي يقع بعد ذلك، ولم يكن تبان على الشرطية قبله حتى يكون من الشروط البنائية فمقتضى الأصل إباحته والشك في شمول أدلة حرمة الربا له يكفي في عدم صحة التمسك بأدلته فيه.

(٥٧) للإطلاقات والعمومات من غير ما يصلح للتخصيص والتقييد.

(٥٨) لئلا يلزم الجهالة فيبطل البيع من هذه الجهة.

(٥٩) لكون الحكم مطابقا للقاعدة فيجري في الجميع من غير فرق. ثمَّ ان

---

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب الصرف حديث: ١.

(مسألة ١٥): النقود المتعارفة بين الناس يتعين بالتعيين فإذا باع نقدا معينا أو اشترى شيئا بنقد معين وجب إعطائه فقط ولا يكفي مثله وإن لم يكن فرق بينهما أبدا(٦٠).

الأوراق النقدية يتصور على أقسام:

الأول: أن يعلم علما تفصيليا ان اعتبارها لأجل الذهب الموجود في خزينة الدولة بحيث يكون كل جزء من الورق النقدي عنوانا مشيرا إلى مقدار خاص من الذهب بحيث كانت المعاملة تقع بين الذهب والمبتاع، فالظاهر جريان حكم بيع الصرف فيها إذا ما بيعت بمثلها.

الثاني: ان يعلم تفصيلا ان اعتبارها لأجل شيء آخر كالمعادن أو غيرها ولا إشكال في عدم جريان حكم الصرف عليها لعدم تحقق موضوعه.

الثالث: ان يعلم إجمالا بأن مقدارا منها لأجل الذهب الموجود والبقية لجهات أخرى ولا يجري حينئذ حكم الصرف، لأن هذا العلم الإجمالي ليس منجزا، لخروج غالب أطرافه عن مورد ابتلاء كل مكلف.

الرابع: ان يشك في ان اعتبارها لأي جهة من الجهات الثلاثة المتقدمة، ومقتضى الإطلاقات وأصالة الصحة وأصالة الإباحة صحة البيع مع مثلها متفاضلا وعدم وجوب القبض في المجلس.

(٦٠) للأدلة الأربعة فمن الكتاب آية التراضي[١]، ومن السنة قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه»[٢]، ومن الإجماع إجماع الإمامية ومن العقل قبح التصرف في مال الغير إلا بإذنه وهذا في الجملة مما لا اشكال فيه.

انما الإشكال في انه من مجرد الحكم التكليفي فقط أو يشمل الوضعي أيضاً فإذا وقع التراضي على عشرة دنانير عراقية معينة مخصوصة واعطى الدافع

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلي حديث: ١.

عشرة أخرى مثلها وأخذها الطرف جهلا أو نسيانا وتصرف فيها فهل يكون الدافع ضامنا بمقدار عشرة دنانير وهل يترتب عليه أحكام عدم التسليم؟ ! والمسألة سيالة في موارد كثيرة، فلو سرق شخص عشرة دنانير مثلا ووضع في مكان المسروق عشرة أخرى مثلها في تمام الأوصاف فهل تقطع يده، ولو نذر صرف عشرة معينة على المساكين وصرف مثلها من كل جهة فهل يجب عليه صرف ما نذره ثانيا بل لا بد من تنقيح البحث من أصله من انه هل يصح تعلق الغرض بالعينية المحضة في مثل هذه الأمور الشائعة في هذه الأعصار لأجل وجود المكائن التي تخرج منها أفراد كثيرة من شيء واحد كل واحد منها عين الآخر في تمام الأوصاف وهل يكون مثل هذا الغرض صحيحا عند العقلاء أو مستنكرا لديهم ومقتضى الصناعة عدم الاعتبار ولم أر هذه المسألة محررة في كلامهم بفروعها.

فصل في بيع السلف

ويقال له: السلم أيضاً[1] وهو ابتياع كلي مؤجل بثمن حال عكس النسيئة[2].

ويقال للمشتري «المسلم» بكسر اللام، وللثمن «المسلم» بفتحها وللبائع «المسلم إليه» و للمبيع «المسلم فيه»[3] وهو يحتاج إلى إيجاب وقبول[4]. ومن خواصه ان كل واحد من البائع والمشتري صالح لأن يصدر منه الإيجاب والقبول من الآخر[5]، فالإيجاب من البائع بلفظ البيع

فصل في بيع السلف

(١) السلم كالسلف لفظا ومعنى لاتفاق النص والفتوى واللغة على صحة هذا الإطلاق، وتأتي الإشارة إلى بعض النصوص المشتمل على لفظ «السلم».

(٢) لما هو المعروف بين الناس في جميع الملل والأديان والأمكنة والازمان ودليل أصل صحة السلف إجماع المسلمين بل المليين وعمومات الكتاب والسنة بعد كونه قسما من البيع، وإيكال معرفة السلف والنسية إلى عرف المتعاملين أولى من التعرض له لأن بعض التعريفات ربما يزيد المعرف خفاء مع وضوحه بحسب الانظار.

(٣) هذه الاستعمالات صحيحة وشائعة في جميع الأفعال التي لها متعلقات وإضافات متعددة وكثيرة الدوران في المحاورات والألسنة.

(٤) لأنه عقد وكل عقد متقوم بهما.

(٥) للإطلاق، والعموم، والإجماع من غير ما يصلح للتقييد والتخصيص

و أشباهه بأن يقول: بعتك طنا من الحنطة بصفة كذا إلى أجل كذا بثمن كذا.

ويقول المشتري «قبلت»أو «اشتريت»[٦]. وأما الإيجاب من المشتري فيختص بلفظي «أسلمت»و «أسلفت»فيقول للبائع «أسلمت إليك أو أسلفتك مائة دينار في طن من الحنطة بصفة كذا»و يقول المسلم إليه وهو البائع «قبلت»[٧]، ويصح فيه المعاطاة[٨].

فيكون كالصلح في صحة وقوع إيجابه من كل الطرفين

(٦) للعرف، واللغة والإطلاق، والعموم بلا مانع في البين.

(٧) لظهور هذا الإنشاء في البيع المعبر عنه بالسلف عند العرف وأهل المحاورات ويصح الاحتجاج به لديهم لذلك وما كان هكذا يكون حجة معتبرة في إبراز المراد وإظهار المقصود وقد مر في أول كتاب البيع أن المدار على الظهور مطلقا سواء كان بالذات أو لأجل القرائن وصدور الإيجاب هنا من المشتري مجمع عليه عندهم بل لو صدر الإيجاب من المشتري في البيع والقبول من البائع لا دليل لهم على عدم الصحة إلا شبهة الإجماع، بل مقتضى الإطلاقات والعمومات الصحة فلو قال من يريد أن يشتري كتابا معينا بدينار بذلت لك هذا الدينار عوضا لكتابك، فقال البائع قبلت يصح وان كان الأحوط خلافه لشبهة الإجماع، كما انه لا بأس بإنشاء البيع بلفظ: السلم والسلف مع الظهور فيه ولو بالقرينة وكذا العكس فينعقد السلم بلفظ البيع مع القرينة، وأما مع عدم الظهور ولو بالقرينة فلا وجه له.

ويمكن أن يجعل هذا النزاع بينهم لفظيا فراجع وتأمل مع سقوط هذا البحث رأسا لاستقرار السيرة البشرية على المعاطات في المعاوضات وعدم الإتيان بالصيغة رأسا حتى يبحث عن جهاتها وخصوصياتها.

(٨) للإطلاقات، والعمومات، والسيرة. ولا يشكل بأنه ليس فيه تعاط من الطرفين في البين فلا موضوع للمعاطات فيه لما مر في محله من ان المعاطاة

(مسألة ١٦): مورد السلم.

تارة: هو النقود الورقية بعضها مع بعض.

وأخرى: مطلق الأمتعة والأجناس مع كونها من المكيل أو الموزون بعضها مع بعض.

وثالثة: الأمتعة والأجناس وغير المكيل والموزون مع النقود الورقية أو الذهبية أو الفضية.

ورابعة: الأجناس بعضها مع بعض واتحاد الجنس وكونها من المكيل أو الموزون.

وخامسة: النقود الذهبية أو الفضية بعضها مع بعض مع اتحاد الجنس أو اختلافه والكل صحيح إلا القسمين الأخيرين(٩).

(مسألة ١٧): يشترط فيه أمور :

الأول: ذكر الوصف الرافع للجهالة وكل ما أمكن ضبط أوصافه التي تختلف القيمة والرغبات باختلافها يصح السلم فيه(١٠)، وكل ما توقف

ما لم يكن فيه إنشاء لفظي سواء كان فيها تعاط من الطرفين أم من طرف واحد أو لم يكن تعاط أصلا بل كان من مجرد التراضي البيعي كما تتحقق المعاطاة في النسية أيضاً.

(٩) أما صحة الثلاثة الأولى، فللإطلاقات والعمومات بلا مخصص ومقيد في البين، فالمقتضي للصحة موجود والمانع عنها مفقود فتصح لا محالة.

أما عدم الصحة في القسم الرابع فلزوم الربا، لأن للأجل قسط من الثمن.

وأما البطلان في القسم الخامس فلما مر من اعتبار قبض العوضين في المجلس في النقدين فيبطل السلف فيها من هذه الجهة.

(١٠) لأنه مع عدم إمكان ذلك يكون من الغرر المنفي شرعا وعرفا وقد استقر بناء العقلاء وإجماع الفقهاء على بطلان المعاملات الغررية، مضافا إلى

درك أوصافه وخصوصياته على المشاهدة لا موضوع للسلف فيه(١١) والمرجع في ذلك أهل الخبرة من العرف(١٢) ويكفي في التوصيف بما هو المتعارف بالنسبة إلى كل شيء لا ما يؤدي إلى عزة الوجود وندرته(١٣).

نصوص خاصة ففي صحيح ابن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول والعرض»[١]، وغيره من الأخبار.

(١١) لأنه من بيع المجهول الذي لا يقدم عليه عاقل ويستنكر ممن أقدم عليه وينسب إلى السفاهة مضافا إلى الإجماع وحديث الغرر[٢]، فراجع شرائط العوضين.

(١٢) لأنه ليس ذلك من شأن الفقهاء وانما شأنهم بيان الحكم فقط وربما يكون العامي أعرف بذلك من الفقيه المتبحر فلا وجه للتطويل في ذلك في كتب الفقه خصوصا في هذه الأعصار التي عيّنت تمام الأشياء بحدود خاصة وأرقام مخصوصة وقيم متعينة. والقاعدة الكلية التي يقولها الفقهاء بل العقلاء: ان كل ما يتوقف رفع الجهل فيه إلى خصوص مشاهدته لا يصح فيه السلف بل ولا جميع المعاوضات لبناء المعاوضات على عدم الجهالة الغررية واهتمام الناس بأموالهم كاهتمامهم بنفوسهم بل ربما يكون أكثر عند بعضهم وفي مثله لا ينبغي للفقيه التفصيل بل يوكل الأمر إليهم ومن أراد التطويل بلا طائل فليراجع الحدائق والجواهر.

(١٣) لأن هذا هو المناط في توصيف العوضين عند عدم مشاهدتهما عرفا في كل معاوضة وليس المدار على الدقة من كل حيثية وجهة، لأنه خارج عن العادة ومستنكر عند نوع المتعاملين.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب السلف.

(٢) راجع ج: ١٧ صفحة :٨.

الثاني: قبض الثمن قبل التفرق عن مجلس العقد(١٤) ولو قبض البعض صح فيه وبطل في الباقي مع ثبوت الخيار بالنسبة إلى من لم يقصر في القبض والإقباض(١٥) ولو كان الثمن دينا في ذمة البائع فإن كان مؤجلا لا يجوز جعله ثمنا للمسلم فيه على الأحوط(١٦).

---

(١٤) للإجماع، والسيرة خلفا عن سلف ولم ينقل الخلاف إلا عن أبي علي وهو شاذ متروك كما اعترف به في الدروس، والظاهر كون القبض شرطا للصحة كما نص عليه جمع من الفقهاء.

(١٥) اما الصحة في المقبوض فلوجود المقتضى وفقد المانع. وأما البطلان فلعدم القبض. وأما الخيار فلتبعض الصفقة.

(١٦) نسب عدم الجواز إلى المشهور ولكن مقتضى الإطلاقات والعمومات الجواز في هذه الصورة وفي ما يأتي ولا مانع في البين إلا ما يقال: انه من بيع الدين بالدين المنهي عنه فلا يصح حينئذ لقول أبي عبدالله عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا يباع الدين بالدين»[١]، ولما في الجواهر عن بعض الكتب المعتبرة عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى المطلوب يبتاع منه شيئا، فقال عليه السلام: لا يبيعه نسئا وأما نقدا فليبعه بما شاء» بناء على أن المراد بالنسإ هنا السلف وفيه: ان الموجود في كتب الأحاديث: «فأتى المطلوب الطالب»[٢]، وما ذكره تكلف ومختص به.

وعلى أي تقدير لا يصلح كل منهما لإثبات المنع.

أما الأول: فلان المتيقن منه ما إذا كان كل من الثمن والمثمن دينا مؤجلا قبل إنشاء البيع لا ما إذا حصل أحد الدينين بنفس العقد.

وأما الثاني فلما مر ويمكن حمله على الكراهة لمعارضته على فرض

---

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الدين: ١.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب أحكام العقود حديث: ٨.

و إن كان حالا يجوز(١٧) وإن كان الأحوط تركه(١٨)، ولو جعل الثمن كليا في ذمة المشتري ثمَّ حاسبه به بما له في ذمة البائع المسلم إليه فلا اشكال فيه ولا وجه للاحتياط حينئذ(١٩).

الثالث: تقدير المبيع بما يعتبر فيه من الكيل أو الوزن أو العد أو الذرع أو نحوها(٢٠).

الرابع: تعيين أجل مضبوط للمسلم فيه بالأيام أو الشهور أو السنين

الصحة والدلالة بخبر إسماعيل بن عمر: «انه كان على رجل دراهم فعرض عليه الرجل ان يبيعه بها طعاما إلى أجل فأمر إسماعيل يسأله، فقال: لا بأس بذلك فعاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك وقال إني كنت أمرت فلانا فسألك عنها فقلت لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم؟ قلت يقولون: فاسد، فقال: لا تفعله فإني أوهمت»[١]، ولا بد من طرح ذيله أو حمله على التقية.

ولذا ذهب جمع إلى الكراهة منهم المحقق في الشرائع والفاضل في التحرير.

(١٧) للإطلاقات والعمومات بلا مقيد ومخصص في البين.

(١٨) لاحتمال كونه من بيع الدين بالدين فيشمله إطلاق قوله صلّى الله عليه وآله: «لا يباع الدين بالدين»[٢]، لكن تقدم أن المراد به الدين المؤجل الثابت قبل إنشاء العقد لا الحال أو الحاصل بالعقد والشك في الشمول يكفي في عدمه.

(١٩) لأنه حينئذ استيفاء لا أن يكون معاوضة حتى يتوهم فيه بيع الدين بالدين بل هذا من طرق التخلص عن بيع الدين بالدين وتأتي جملة من أقسام بيع الدين بالدين في المسائل الآتية إنشاء الله تعالى.

(٢٠) لجملة من النصوص منها قول علي عليه السلام: «لا بأس بالسلم كيلا

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب السلف :١.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الدين حديث :١.

أو نحو ذلك(٢١).

معلوما إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس ولا إلى حصاد»[١]، والدياس دق السنبل ليخرج منه الحب، ومنها خبر الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الطعام بكيل معلوم إلى أجل معلوم؟ قال عليه السلام: لا بأس به»[٢]، مضافا إلى إجماع الفقهاء، وسيرة العقلاء، وحديث النهي عن الغرر[٣]، وهذا من الشرائط العامة لمطلق المعاوضات ولا اختصاص له بالمقام فيعتبر في المشاهد المحسوس فضلا عن الغائب. ويعتبر في صحة السلم في المعدودات تساوي أفراده عرفا من حيث الكمية فلو اختلف فيها بما لا يتسامح فيه عرفا فلا يصح السلم فيه للجهالة.

(٢١) لجملة من النصوص منها النبوي المعمول به: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم»[٤] وخبر سماعة قال: «سألته عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت فيه؟ قال عليه السلام: نعم، إذا كان إلى أجل معلوم، وسألته عن السلم في الحيوان إذا وصفته إلى أجل وعن السلف في الطعام كيلا معلوما إلى أجل معلوم؟ فقال عليه السلام: «لا بأس به»[٥]، مضافا إلى ظهور الإجماع وهذا هو المرتكز في أذهان الناس ويجعلون هذا النحو من البيع وسيلة لقضاء حوائجهم ببيع أجناس وتسليمها في المستقبل وأخذ ثمنها فعلا وصرفه في حوائجهم وهذا هو المنساق من الأخبار أيضاً حيث قرر الشارع هذا البيع المتعارف لديهم إرفاقا بالمحتاجين. والمرجع في تعيين الأجل إلى العرف وهو يختلف بحسب الأوقات المعتبرة لديهم.

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب السلف حديث :٥.
(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب السلف حديث :١.
(٣) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة :٣.
(٤) مستدرك الوسائل باب: ٣ من أبواب السلف حديث :٤.
(٥) الوسائل باب: ٣ من أبواب السلف حديث :٨.

إنما الكلام في أن ذلك من مقوماته بحيث يكون بيع السلف حالا وبدون ذكر المدة باطلا أصلا أو أن ذاك هو الفرد الغالب منه؟ الحق هو الأخير، لأصالة عدم اعتبار ذكر المدة، وإطلاقات جملة من الأدلة وما ذكر فيه الأجل انما هو من باب الغالب لا التقوم الذاتي فالمقتضي لكون هذا البيع حالا موجود والمانع عنه مفقود، لأن ما يحتمل فيه المنع أمور:

الأول: ذكر الأجل في جملة من الأخبار كما مر.

الثاني: كونه مرتكزا في أذهان الناس.

الثالث: عدم معهودية وقوع بيع الحال بلفظ السلم.

والكل باطل: إذ الأولان من باب الغالب وبيان اعتبار معلومية الأجل لو ذكر، لا اعتبار أصل الأجل ولزوم ذكره، وأما الأخير فقد مر أن المناط على الظهور العرفي ولو بالقرائن، مع انه لا وجه لهذا الإشكال أصلا لأن الكلام فيما إذا قصد السلم حالا لا فيما قصد مطلق البيع.

وبالجملة قد يتفقان على بيع الحال ويوجد انه بلفظ السلم ولا ربط له بالمقام بل هو يدور مدار ظهور اللفظ فيه ولو بالقرينة وقد يتفقان على بيع السلف المعهود حالا ونتيجته تخيير المشتري في المطالبة في أي زمان شاء وقلنا ان مقتضى الأدلة صحته أيضاً لا ان يكون البيع الحال المعهود الذي يكون في مقابل السلم، فالسلف قسمان مؤجل وهو الغالب وحال غير غالب هذا مضافا إلى صحيح ابن الحجاج، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا؟ قال عليه السلام: ليس به بأس. قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأي شيء يقولون في السلم؟

قلت: لا يرون به بأسا، يقولون: هذا إلى أجل كان أحق، ثمَّ قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه إلى أجل. فقال: لا يسمى له أجلا إلا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا»[1]، هذا مضافا إلى إطلاق المعتبرة المستفيضة النافية للبأس

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب أحكام العقود: ١.

فلو جعل الأجل مدة مجهولة كان باطلا[٢٢] ولا فرق في الأجل بعد كونه مضبوطا بين أن يكون قليلا كيوم بل نصف يوم أو كثيرا كعشرين أو ثلاثين سنة[٢٣].

الخامس: إمكان وجوده وقت الحلول وإن كان معدوما حين العقد[٢٤].

عن السلم مع الضبط بالمقدار من دون تعرض للأجل ولا ينافيها ذكره في غيرها بعد ان كان المراد منه الفرد المتعارف من السلف فيستفاد منه ان المناط كله على القدرة على التسليم حين مطالبة المشتري مؤجلا كان السلم أو حالا غير مؤجل ولذا ذهب جمع إلى الصحة.

(٢٢) بالنسبة إلى السلف المعهود المتعارف إجماعا، ولظواهر ما دل من النصوص على اشتراط المعلومية ولا يساعد العرف أيضاً على ذكر الأجل المجهول حتى لو كان معلوما في الواقع وكان مجهولا لدى المتعاملين.

وأما بالنسبة إلى مطلق البيع والسلف الحال فلا وجه لبطلان إلا قاعدة: «ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع»و شمولها للمقام مخدوش لتحقق قصد البيع والسلف في الجملة والقاعدة لا تدل على لزوم وقوع جميع ما قصد في الخارج طبقا لجميع خصوصيات المقصود بل يكون مفاد اعتبار القصد في المنشأ المفروع تحققه.

(٢٣) للأصل والإطلاق، وعدم دليل على تحديده في طرفي القلة الكثرة.

ونسب إلى أبي على تحديده في طرف القلة بثلاثة أيام وفي طرف الكثرة أن لا يكون ثلاث سنين ولا دليل عليه إلا بعض الأخبار الناهية عن البيع سنين[١]، المحمول على الكراهة.

(٢٤) لعدم التمكن من التسليم عرفا مع عدمه وهذا الشرط يرجع إلى

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام العقود حديث :٣.

و في البلد الذي شرط التسليم فيه إن شرط ذلك[٢٥].

(مسألة ١٨): يجب تعيين بلد التسليم إن اختلفت الأغراض المعاملية بذلك[٢٦] إلا إذا كان متعينا خارجا من انصراف أو نحوه[٢٧].

(مسألة ١٩): إذا جعل الأجل شهرا أو شهرين أو شهور فإن وقعت المعاملة في أول الشهر يحسب الشهر ـ واحدا كان أو متعددا ـ هلاليا[٢٨] تمَّ الشهر أو نقص[٢٩] وإن وقعت المعاملة في أثناء الشهر يحسب كل شهر ثلاثين يوما[٣٠] ويمكن فرض الهلالي أيضاً بأن يعد من الشهر اللاحق ما فات من الشهر السابق فإذا وقع العقد في العاشر من الشهر وكان

القدرة على التسليم التي هي من الشرائط العامة لمطلق البيع وانما أفرده بالذكر للرد على بعض العامة الذي أبطل السلم على ما كان معدوما حين العقد مع عدم دليل له يصلح لذلك كما فصل في المطولات وقد مر أنه لا يعتبر ذلك في مطلق البيع فضلا عن السلم وإنما المعتبر هو القدرة على التسليم حين القبض والإقباض.

(٢٥) لعدم التمكن من التسليم بدون ذلك فيه عرفا مع أنه قد اشترط التسليم فيه.

(٢٦) لأنه بدون التعيين غرر مع فرض اختلاف الأغراض المعاملية بذلك.

(٢٧) لأنه يصير التعيين حينئذ لغوا إلا ان يحمل على التأكيد أو كان الغرض تعينه في غير مورد الانصراف ونحوه فلا بد من التعيين حينئذ.

(٢٨) لأنه المنساق منه في المتعارف، مضافا إلى ظهور الإجماع عليه.

(٢٩) لأنه بعد الانصراف إلى الهلالي عرفا لا وجه لملاحظة التمام والنقصان

(٣٠) لانسباق الثلاثين من الشهر الانكساري عرفا إلا مع القرينة على الخلاف.

الأجل شهرا مثلا حل الأجل في العاشر من الشهر الثاني وهكذا فربما لا يكون ثلاثين يوما لو كان الشهر الأول ناقصا(٣١) والأحوط التصالح(٣٢).

(مسألة ٢٠): إذا جعل الأجل إلى جمادي أو الربيع حمل على أقربهما، وكذا لو جعل إلى الخميس أو الجمعة حمل إلى الأقرب منهما(٣٣) فيحمل الأجل بأول جزء من رؤية الهلال في الأول وبأول

---

(٣١) لا مكان تصوير الهلالي الذي يكون الشهر حقيقيا فيه عند الإطلاق فيكون هذا أقرب إلى الحقيقة من عد كل شهر ثلاثين ويظهر اختيار ذلك من اللمعة والمبسوط.

(٣٢) لأن الاحتمالات بل الأقوال في المقام كثيرة:

الأول: عد كل شهر ثلاثين يوما.

الثاني: التلفيق مطلقا.

الثالث: عد الشهر الأول ثلاثين والبقية هلالية وإتمام الشهر الأول من الشهر الآخر.

الرابع: انكسار الجميع مطلقا.

الخامس: الانكسار جميعا واعتبارها هلاليا وأصل النزاع يدور مدار مراعاة الحقيقة أي الهلالي مهما أمكن ومراعاة ما هو الأقرب إليها مع عدم الإمكان وليس في البين نص ولا إجماع بل المسألة اجتهادية محضة فكل يتبع ظنه وفي مثل ذلك ينبغي مراعاة الاحتياط.

(٣٣) لأن الفهم العرفي يساعد الحمل على الأقرب في مثل هذه التعبيرات وظاهرهم الإجماع عليه أيضاً ولا مخالف فيالبين إلا ما نسب إلى التذكرة فيالجمادى والربيع بدعوى أنهما يطلقان على كل ما يسمى بالجمادى والربيع فالحمل علىالأول ترجيح بلا مرجح وهذا منه غريب لأن الانسباق العرفي يوجب تعين الأول وهو مرجح فالمقام من المشترك المعنوي الذي

جزء من نهار اليوم في الثاني.

(مسألة ٢١): لو اشترى شيئا سلفا لم يجز بيعه قبل حلول الأجل(٣٤) لا على البائع ولا على غيره سواء باعه بجنس الثمن الأول أو بغيره وسواء كان مساويا له أو أقل أو أكثر(٣٥) ويجوز بعد حلوله(٣٦) سواء قبضه أو

يكون العرف شاهدا على تعين بعض أفراده عند الإطلاق.

(٣٤) للإجماع، ولأن الملكية وان حصلت بالعقد ولكن العرف لا يقدم على المعاوضة بالنسبة إلى هذا الملك الذي لم يتسلط المالك عليه بعد من كل حيثية وجهة ولم يحصل الاستيلاء التام له عليه ومع ذلك لا وجه للتمسك بالاطلاقات والعمومات.

(٣٥) لإطلاق معقد الإجماع الشامل لجميع ذلك، وجريان ما ذكرناه من المناسبة في الجميع.

(٣٦) للإطلاقات والعمومات والإجماع، والنصوص المعمولة بها عند الأصحاب منها خبر ابان عن أبي عبدالله عليه السلام: «في خبر الرجل يسلم الدراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول لي: ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه، فقال: لا بأس بذلك»(١)، ومنها مكاتبة ابن فضال: «كتبت إلى ابي الحسن عليه السلام: الرجل يسلفني في الطعام فيجيء الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال عليه السلام: «نعم»(٢)، وقريب منهما غيرهما، والظاهر أن الطعام من باب المثال والغالب في تلك الأزمنة ولا نحتاج إلى هذه الاخبار بعد موافقة الحكم للقاعدة، كما ان اختصاص هذه الأخبار بالبيع على من هو عليه لا يضر بعد كونه من باب المثال ظاهرا والاتفاق على عدم الفرق ثانيا، مضافا إلى الإطلاقات والعمومات فما نسب إلى ابن إدريس من الاختصاص جمودا على الظاهر لا وجه له.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب السلف حديث: ٥ و٨.

لم يقبضه على البائع وعلى غيره بجنس الثمن أو مخالفه بالمساوي له أو بالأقل أو الأكثر ما لم يستلزم الربا(٣٧).

---

(٣٧) كل ذلك للإطلاقات والعمومات، وإطلاق ما تقدم من الأدلة الخاصة. ثمَّ ان في المقام أخبار أخرى ربما يتراءى منها المخالفة لما تقدم من الأخبار.

منها: خبر ابن جعفر قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قالعليه السلام: إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم ـ الحديث ـ»[١].

وفيه. أولا: أنه ضعيف السند.

وثانيا: انه ظاهر في الكراهة.

وثالثا: يمكن حمله على ما إذا تحقق الرباء بالزيادة والنقيصة.

ومنها: صحيح ابن قيس عن أبي جعفرعليه السلام قال: «أمير المؤمنينعليه السلام: من اشترى طعاما أو علفا إلى أجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه إلا الورق، وان قال: خذ مني بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلا شرطه طعامه أو علفه فإن لم يجد شرطه وأخذ ورقا لا محاله قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله لا تظلمون[٢]، وقريب منه صحيحه الآخر[٣].

وفيه: ان المنساق منه انما هو فسخ البيع رأسا ورد الثمن الأول لا بيع المسلم فيه ثانيا كما هو مورد البحث في المقام فلا تعارض له مع ما تقدم مع الأخبار.

ومنها: صحيح ابن شعيب قال: «سألت أبا عبد اللهعليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة والثمرة مائة درهم فيأتي صاحبه حين يحل الذي له فيقول: والله ما

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب السلف :١٢.
(٢) و (٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب السلف: ١٥ و ٩.

نعم، لو كان المسلم فيه مما يكال أو يوزن يكره بيعه قبل قبضه(٣٨).

(مسألة ٢٢): إذا دفع المسلم إليه إلى المشتري بعد حلول الأجل الجنس الذي أسلم فيه وكان دونه من حيث الصفة أو المقدار لم يجب قبوله(٣٩)، ويجوز مع الرضاء وطيب النفس(٤٠). وكذا لو كان من غير

عندي إلا نصف الذي لك فخذ مني إن شئت بنصف الذي لك حنطة وبنصفه ورقا؟ فقال عليه السلام: لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه»(١).

وفيه: انه أيضاً يحتمل فسخ البيع وإيجاد معاملة جديدة، مع انه على فرض الدلالة يمكن الحمل على الكراهة جمعا كما هو دأب الفقهاء في أمثال هذه الاخبار، ومن الغريب دعوى الإجماع على عدم الجواز في هذه المسألة التي فيها ستة أقوال أو أكثر مع ذهاب المشهور إلى الجواز فلا بد من رد الأخبار ـ التي تجاوزت خمسة عشر ـ بعضها إلى بعض والحكم بالمحصل منها لا الجمود على بعضها والغفلة عن الآخر هذا مع ان الإجماع على الجواز في غير الجنس زاد أو نقص فلا بد من تقييد إطلاق بعض هذه الاخبار على ما إذا كان بالجنس بقرينة الإجماع فراجع.

(٣٨) لأنه حينئذ يصير من صغريات بيع الشيء قبل قبضه وقد مر في النقد والنسية ان المشهور هو الجواز مع الكراهة ولو قبضه ثمَّ باعه تزول الكراهة.

(٣٩) للإجماع ولأنه ليس نفس حقه، مع تضرره به.

(٤٠) نصوصا وإجماعا، ولأن الحق له فيجوز له إسقاطه مع طيب النفس.

وعن أبي بصير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان؟ قال عليه السلام: ليس به بأس، قلت: أرأيت ان أسلم في أسنان معلومة أو شيء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه وفوقه بطيبة نفس منهم، فقال: لا بأس

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب السلف :١٦.

الجنس(٤١) وإذا كان مثله فيهما وجب القبول كغيره من الديون(٤٢) وكذا إذا كان فوقه من حيث الصفة(٤٣) وأما إذا كان أكثر منه بحسب المقدار لم يجب عليه قبول الزيادة(٤٤).

(مسألة ٢٣): إذا حل الأجل ولم يتمكن البائع من أداء المبيع لعارض من آفة أو عجز له من تحصيل أو إعوازه في البلد مع عدم إمكان جلبه من مكان آخر أو غير ذلك من الاعذار حتى انقضى الأجل كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ المعاملة ويرجع بثمنه ورأس ماله وبين ان يصبر إلى

به»(١)، وفي رواية الحلبي(٢)، قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصف أسنان معلومة ولون معلوم ثمَّ يعطي دون شرطه أو فوقه، فقال عليه السلام: إذا كان عن طيبة نفس منك ومنه فلا بأس» و نحوهما غيرهما.

(٤١) لأنه ليس بوفاء أصلا، إذا الوفاء لا بد وأن يكون بالجنس نعم لو تراضيا عليه تبرأ ذمة البائع.

(٤٢) لأصالة عدم حق له على الطرف في حفظ ماله، مضافا إلى الإجماع هذا مع عدم العذر وأما معه فلا يجب القبول لمكان العذر كما لا يجب على الطرف حفظ هذا المال فلا بد له من المراجعة إلى الحاكم الشرعي إلا أن يتراضيا على شيء.

(٤٣) لأنه حينئذ فرد من أفراد المبيع فيجب عليه القبول مضافا إلى الإجماع هذا إذا لم يكن منة في البين وإلا فلا دليل على وجوب القبول بل مقتضى الأصل عدمه.

(٤٤) لعدم كون الزيادة من أفراد المبيع، ولأصالة عدم وجوب قبول الزيادة خصوصا مع المنة.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب السلف حديث: ٢ و ١.

أن يوجد ويتمكن البائع من الأداء(٤٥)، ولهما ان يتراضيا بقيمة وقت الأداء سواء زادت عن الثمن أو ساوت أو نقصت عنه(٤٦) وليس للمشتري إلزام البائع بأداء قيمة وقت الأداء إن كانت أزيد من ثمن المسمى(٤٧).

(مسألة ٢٤): لا فرق في هذا الخيار بين كون التأخير بتفريط من البائع أو غيره(٤٨).

نعم، لو كان ذلك لتقصير من المشتري فلا خيار له حينئذ(٤٩) ولو

---

(٤٥) للنص والإجماع وتخلف الشرط ففي موثق ابن بكير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه؟ قال عليه السلام: فليأخذ رأس ماله أو لينظره»[١]، وتدل عليه الاعتبارات المعاملية بين الناس أيضاً ولم يخالف في المسألة أحد منا إلا الحلبي فعين عليه الصبر ونسبه في الدروس إلى الندرة وفي غيره إلى الخطأ وأما احتمال انفساخ البيع لأنه حينئذ كتلف المبيع قبل القبض فمخالف للأصل والنص والإجماع مع أنه لم يحتمله أحد منا.

(٤٦) لقاعدة السلطنة بعد أن الحق يقوم بهما، فلهما ما أراد أو ما شاء اما لم يرد تحديد شرعي في البين وهو مفقود.

(٤٧) لأصالة عدم الانتقال إلى القيمة، وأصالة براءة ذمة البائع عن وجوب قبول ذلك، ونسب إلى الشهيد الثاني ثبوت هذا الحق للمشتري، لأن القيمة بدل عند تعذر الحق.

وفيه: انه مخالف للأصل وإطلاق ما تقدم من موثق ابن بكير وظاهر كلمات الأصحاب.

نعم، لا بأس به مع التراضي كما مرّ.

(٤٨) لإطلاق النص والفتوى الشامل لصورتي التفريط وغيره.

(٤٩) لأنه هو الذي أدخل الضرر على نفسه والخيار للإرفاق فلا يشمل

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب السلف: ١٤.

تعذر البعض دون الجميع كان للمشتري الخيار بالنسبة إلى ما تعذر، وكذا بالنسبة إلى الجميع(٥٠).

(مسألة ٢٥): هذا الخيار على التراخي وليس فوريا، فلو أخر لعذر أو لغيره لا يسقط خياره(٥١)، ولو اختار الصبر يصح له الفسخ بعد ذلك(٥٢).

(مسألة ٢٦): إذا اتفقا على أصل القبض واختلفا في انه كان قبل التفرق حتى يصح العقد أو بعده حتى يبطل يقدم قول مدعي الصحة(٥٣)، ولو اختلفا في تحقق أصل القبض وعدمه فإن كان بعد التفرق بطل العقد وإن كان قبله فالقول قول منكر القبض(٥٤).

صورة الإقدام على التضرر المخالف للإرفاق.

(٥٠) أما الخيار بالنسبة إلى ما تعذر فلوجود المقتضى وفقد المانع فيشمله إطلاق الدليل لا محالة وأما بالنسبة إلى الجميع فلتبعض الصفقة وظاهرهم الإجماع على الحكمين.

(٥١) للأصل والإطلاق وظواهر الكلمات بل صريح بعضها، ولعدم دليل للفورية إلا أصالة اللزوم في غير المتيقن وهي محكومة بإطلاق موثق ابن بكير كما تقدم فلا وجه للأخذ بالقدر المتيقن مع وجود الإطلاق.

(٥٢) لأن اختيار الصبر ليس لأجل إسقاط حق الخيار بل لأجل أن يظهر الحال ويتفكر فيما يتبين في المآل.

وبعبارة أخرى: هو بنحو الترخيص لا العزيمة وإن كان بالنحو الثاني فليس له الخيار بعد اختيار الصبر وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فراجع وتأمل.

(٥٣) لأصالة الصحة الجارية في العقود عند الشك فيها، مضافا إلى ظهور الاتفاق عليه.

(٥٤) لأصالة عدم القبض في القسمين فيبطل العقد إن كانت الدعوى بعد التفرق، ويصح العقد ولا بد من القبض إن كان قبله.

(مسألة ٢٧): لو ظهر عيب في الثمن المعين فإن كان من غير الجنس بطل العقد إن كان في الجميع وبالنسبة إن كان في البعض[٥٥]. وله حينئذ خيار التبعض[٥٦]، ولو كان العقد على الكلي يبدّله قبل التفرق[٥٧] وإن كان بعده بطل العقد[٥٨]، وإن كان من الجنس كخشونة الجوهر ونحوها فللبائع الخيار بين الرد وأخذ الأرش[٥٩].

---

(٥٥) لأن ما وقع عليه لم يكن مورد العقد وما كان مورد العقد لم ينشأ العقد عليه.

(٥٦) لفرض تبعض الصفقة عليه وهو موجب للخيار.

(٥٧) لوجود المقتضى وفقد المانع.

(٥٨) لما مر من اشتراط عدم التفرق في قبض الثمن.

(٥٩) لما تقدم وجهه في أحكام الصرف فراجع، إذ المقام متحد معه من هذه الجهة وجملة الاقسام فيهما ان العيب إما أن يكون من الجنس أو من غيره وعلى كل منهما إما أن يكون في تمام الثمن أو في بعضه وعلى كل حال منها إما ان يظهر قبل التفرق أو بعده وعلى كل منها اما ان يكون الثمن كليا أو معينا فالأقسام ستة عشر وحكم الكل واضح بعد التأمل.

ثمَّ انهم قد ذكروا هنا بعض أقسام بيع الدين مع انها لا بد وان يذكر في كتاب الدين ولذا تعرضنا لها هناك ولم نتعرض في المقام مخافة التكرار.

والحمد لله أولا وآخرا.

أقسام البيع بالنسبة إلى الثمن

أقسام البيع بالنسبة إلى ملاحظة الثمن أربعة:

الأول: بيع شيء معلوم بثمن معلوم مع تراضيهما عليه من دون ذكر رأس المال والربح والخسران ولا يلاحظ ذلك كله في العقد ويسمى ذلك بالمساومة.

الثاني: البيع برأس المال مع الزيادة ويسمى ذلك بالمرابحة.

الثالث: البيع برأس المال مع النقيصة ويسمى ذلك بالمواضعة.

الرابع: البيع برأس المال من دون زيادة ولا نقيصة ويسمى ذلك بالتولية، ويأتي ما يتعلق بالتشريك والكل صحيح[1]. وأفضل هذه الأقسام.

أقسام البيع بالنسبة إلى الثمن

(١) للإطلاقات، والعمومات، والإجماع وهذه أقسام عرفية في البيع بل تجري في كل معاوضة ويكفي فيها شرعا عدم ثبوت الردع فكيف بالتقرير، لعموم الأدلة وقاعدة السلطة وقد ورد النص فيها كما تأتي الإشارة إليها، مع انا لا نحتاج إلى دليل خاص وبيان مخصوص ويصح ان يجتمع في بيع واحد بالنسبة إلى أشخاص متعددة جميع هذه الاقسام وفي مبيع واحد ذات اجزاء بالنسبة إلى شخص واحد كذلك وقد يذكر قسم خاص وهو التشريك أي: إعطاء بعض المبيع برأس ماله ولم يذكره غير الشهيد في الدروس واللمعة والإطلاق يشمله وان كان كثير من الأصحاب لم يذكره.

المساومة، والمرابحة مكروهة(٢).

(مسألة ١): يعتبر في تحقق ما تقدم ـ من الأقسام الأربعة ـ القصد ولفظ ظاهر في العنوان الخاص المنشأ ويتحقق بالمعاطاة أيضاً بعد المقاولة على تعيين العنوان، ويعتبر في المرابحة تعيين مقدار الربح وفي المواضعة تعيين مقدار النقيصة(٣).

(مسألة ٢): عبارة عقد المرابحة بعد تعيين رأس المال ـ أو تعينه من الخارج أن يقول البائع: بعتك هذا المتاع بما اشتريت وربح كذا ويقول:

---

(٢) للنص والإجماع قال أبو عبدالله عليه السلام في موثق أبان: «اني لأكره بيع عشرة بإحدى عشرة وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، قال: وأتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعه كذلك وعظم عليّ فبعته مساومة»[١].

(٣) أما الأول فإنها عناوين قصدية لا انطباقية قهرية ويكفي القصدالإجمالي ولا يعتبر التفصيلي، للأصل.

وأما الثاني: فللإطلاقات والعمومات الشاملة للمعاطاة أيضاً، وقد تقدم في أول كتاب البيع انها مطابقة للقاعدة[٢]، وتجري في جميع البيوع والمعاوضات.

وأما الثالث: فلتقوم المحاورات العرفية بالظواهر ولو كانت مستندة إلى القرائن.

وأما الأخيران: فلحديث النهي عن بيع الغرر[٣]، مضافا إلى الإجماع، مع عدم اقدام متعارف العقلاء على البيع والشراء بالنسبة إلى المجهول.

---

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب أحكام العقود حديث: ٤.

(٢) راجع ج: ١٦ صفحة: ٢٢٦.

(٣) تقدم في صفحة: ٣٢.

المشتري قبلت أو اشتريت هكذا، وعبارة المواضعة أن يقول: بعتك بما اشتريت مع نقصان كذا، وعبارة التولية ان يقول بعتك بما اشتريت(٤).

(مسألة ٣): إذا قال البائع في المرابحة: بعتك هذا بمائة وربح درهم في كل عشرة مثلا، وقال في المواضعة: بعتك بمائة ووضعية درهم في كل عشرة فإن تبين للمشتري مقدار الثمن ومبلغه بعد ضم الربح أو تنقيص الوضعية أو كان في معرض التبين قريبا عرفا بحيث لا يصدق بيع المجهول في المتعارف عند التجار يصح البيع وإلا يبطل(٥).

(مسألة ٤): لو تعددت النقود واختلف سعرها وصرفها لا بد من تعيين ذلك وكذا لا بد من ذكر الشروط والأجل ونحو ذلك مما يتفاوت لأجله الثمن(٦).

(مسألة ٥): إذا اشترى متاعا بثمن معين ولم يحدث فيه ما يوجب زيادة قيمته فرأس ماله ذلك الثمن(٧) فيجوز عند إخباره عنه أن يقول: «اشتريت بكذا، أو رأس مالي كذا، أو تقوّم عليّ بكذا أو هو عليّ

---

(٤) لظهور كل واحدة من هذه التعبيرات في العناوين الخاصة المنشأ بها وقد تقدم غير مرة ان الظهور العرفي يكفي في إنشاء العقد ولو كان بواسطة القرينة.

(٥) لأن المناط في الصحة والبطلان على معلومية العوضين وعدمها ففي الأول يصح البيع بخلاف الثاني والنزاع في الصحة وعدمها في مثل هذه المسألة صغروي لا أن يكون كبرويا والمعرضية القريبة العرفية بحكم المعلومية عرفا إذا كانت بحيث يعتمد عليها متعارف الناس في معاملاتهم.

(٦) لاختلاف الأغراض المعاملية عند الناس بذلك كله وتحقق الجهالة مع عدم التعيين فيصير البيع باطلا حينئذ.

(٧) لشهادة العرف واللغة والشرع بذلك.

كذا»[٨]، وإن أحدث فيه ما يوجب زيادة القيمة، فإن كان بعمل نفسه لم يجز ان يضم أجرة عمله إلى الثمن المسمى ويخبر بأن رأس ماله كذا أو اشتريته بكذا[٩]، ويجوز أن يذكر كلا من رأس ماله وعمله مستقلا بأن يقول مثلا: «اشتريته بكذا وعملت فيه كذا»[١٠]، وان كان باستئجار غيره جاز ان يضم الأجرة إلى الثمن ويقول: «بأنه تقوم عليّ أو هو عليّ بكذا»[١١]، ولا يجوز ان يقول اشتريته بكذا أو رأس ماله كذا[١٢].

(مسألة ٦): لو اشترى متاعا معيبا ورجع بالأرش إلى البائع فيجوز ان يخبر بالواقع، وله ان يسقط مقدار الأرش من الثمن ويجعل رأس المال ما بقي فيقول: «رأس مالي كذا»[١٣]، وليس له ان يجعل رأس المال الثمن المسمى من دون إسقاط قدر الأرش[١٤] بخلاف ما إذا حط البائع بعض الثمن فإنه يجوز للمشتري ان يخبر بالأصل من دون إسقاط الحطيط[١٥].

(مسألة ٧): يجوز أن يبيع متاعا ثمَّ يشتريه بزيادة أو نقيصة[١٦]

---

(٨) لأن جميع هذه التعبيرات عند العرف وأهل المحاورة والخبرة واحد وان اختلفت التعبيرات.

(٩) لأنه كذب وهو حرام.

(١٠) لكونه صدقا فلا اشكال فيه فيجوز لا محالة.

(١١) لأنه صدق فيجوز.

(١٢) لكونه كذب فلا إشكال في الحرمة.

(١٣) لكونه صادقا في الصورتين فيجوز ما قاله فيهما.

(١٤) لكونه كذب كما هو معلوم.

(١٥) لأنها تفضل من البائع عليه ولا دخل لها بالثمن، وكذا كلما كان من هذا القبيل تبرعا كان أو احتسابا من الحقوق.

(١٦) للإطلاقات والعمومات وقاعدة السلطنة والإجماع.

إذا لم يشترط على المشتري بيعه منه[١٧] وإن كان من قصدهما ذلك[١٨]، وبذلك ربما يحتال من أراد ان يجعل رأس ماله أزيد مما اشترى به المتاع فيشترى متاعا بثمن ثمَّ يبيعه من ابنه أو زوجته أو أجنبي مثلا بثمن أزيد فيشتري منه بالثمن الزائد ثمَّ يخبر بالزائد فلم يكذب حينئذ في الأخبار برأس المال مثل أن يشتري متاعا في السوق بدينارين ثمَّ يبيعه من ابنه أو زوجته بأربعة ثمَّ يشتريه منه بأربعة فيقول في مقام المرابحة: ان رأس مالي أربعة فلم يكذب في رأس المال وصح بيعه بلا إشكال لأنه ليس بأعظم من الكذب الصريح في الإخبار برأس المال[١٩] لكنه غش وخيانة[٢٠].

نعم، لو لم يكن ذلك عن مواطاة وبقصد الاحتيال جاز له ذلك ولا

---

(١٧) لما تقدم في مسألة ٧ من فصل النقد والنسية[١].

(١٨) لأن مجرد القصد لا اثر له في العقود والإيقاعات مطلقا ما لم يكن له. مبرز خارجي في البين.

(١٩) يأتي آنفا صحة البيع معه.

(٢٠) لأن المشتري اعتمد على البائع ووثق به في انه ماكس لنفسه في بيعه ولم يماكس واشترى من هذه الجهة بدون المماكسة وثوقا بل يمكن دعوى انصراف الأخبار بالاشتراء عن مثل ذلك، فيصير من الكذب موضوعا ولا ريب في حرمة الكذب والتدليس والخيانة في الشريعة، لكن لا يبطل أصل البيع بذلك، للإطلاقات والعمومات، وأصالة الصحة، ولعدم تعلق النهي بذات العوضين فيكون للمشتري الخيار لو اطلع على ذلك بالبينة أو الإقرار ولكن الأحوط التراضي، لما قد يقال بفساد أصل العقد في مثل هذه الموارد.

---

(١) راجع المجلد السابع عشر صفحة :٢٦٢.

محذور فيه[٢١].

(مسألة ٨): لو ظهر كذب البائع في اخباره برأس المال كما إذا أخبر بأن رأس المال مائة وباعه بربح عشرة فظهر إنه كان تسعين صح البيع[٢٢] ويتخير المشتري بين فسخ البيع وإمضائه بتمام الثمن وهو مائة وعشرة في المثال[٢٣]

---

(٢١) للأصل والعموم، والإطلاق، وظهور الاتفاق، مع أن الخيانة والغش أمر قصدي والمفروض عدم قصده إلى ذلك بل قصد العدم ومثل ذلك ما إذا اشترى شيئا في محل من خارج البلد وكانت قيمته في البلد أغلى من ذلك السعر الذي اشتراه به والمشتري يريد شراءه بالسعر الذي اشتراه في الخارج فيبيعه البائع إلى أحد بسعر ثمَّ يشتريه منه وفي مقام الإخبار يخبر بالشراء الثاني فإن الظاهر عدم صدق الخيانة عليه ومع ذلك الأولى تركه ويأتي في المسألة التالية ما ينفع المقام.

(٢٢) للأصل والعموم، والإطلاق، وظهور الاتفاق، ولأن موضوع الصحة هو الإخبار برأس المال لا رأس المال الواقعي في علم الله تعالى، وأولويته من تخلف الوصف والشرط والجملة، بل الحكم كذلك لو لم يكن له رأس مال أصلا فضلا عن كونه أقل لأجل الكذب ولا تعليق لرضاء المشتري على صدق البائع حتى ينفى بانتفائه بل الظاهر أن صدقه من دواعي الاقدام المعاملي لا أن يكون من القيود التعليلية الحقيقية حتى ينتفي أصل الرضاء بانتفائه، ومع الشك لا تثبت العلية فلا يتحقق بطلان البيع بل يصح، للإطلاق والعموم فما نسب إلى الأردبيلي رحمه الله من بطلان البيع لا وجه له.

(٢٣) عمدة دليلهم على ثبوت هذا الخيار هو الإجماع ولا ينطبق على شيء من الخيارات المعهودة إلا خيار تخلف الشرط البنائي على ما يأتي بيانه.

ولا فرق بين تعمد الكذب وصدوره غلطا واشتباهاً(٢٤) ولا يسقط هذا الخيار بالتلف فيعمل المشتري خياره ويرد المثل أو القيمة(٢٥).

(مسألة ٩): لو سلم التاجر متاعا إلى الدلال ليبيعه له وعين له ثمنا معينا وجعل ما زاد على ذلك له بان قال له: «بعه عشرة برأس ماله فمازدت

وأما الاستدلال له بحديث نفي الضرر[١]، وقاعدة الغرور[٢]، وخيار التدليس. فلا وجه له إذ المنساق من الأول ما إذا كان العقد ضرريا لا ما إذا حصل الضرر من اخبار البائع، والمنساق من الثاني الضمان لا الخيار، والأخير ليس عنوانا مستقلا حتى يتعدى من إطلاق دليله للمقام.

نعم، كل ذلك يصلح للتأييد.

ويمكن إدخاله في تخلف الشرط الضمني فإن بناء نوع المتعاملين على عدم الخيانة فيما يتعلق بالأغراض المعاملية وهذا شرط بنائي نوعي في نوع المعاملات والعهود وعلى هذا يتحقق الخيار في ظهور كل خيانة في كل ما يتعلق بالغرض المعاملي مما يختلف الأغراض المعاملية باختلافه ويظهر ذلك من صاحب الجواهر أيضاً قال رحمه الله ونعم ما قال: «بل الظاهر ثبوته «الخيار» بعدم الأخبار بما يختلف الثمن فضلا عن الكذب». ولا خيار للبائع للأصل بعد عدم دليل عليه ولو حصل له ضرر لأنه المقدم عليه لكذبه وخيانته.

(٢٤) لإطلاق معقد الإجماع وجريان ما ذكرنا من تخلف الشرط الضمني البنائي في الجميع.

(٢٥) للأصل وعدم ما يصلح للسقوط، إذ لا أثر للتلف بعد التبدل بالمثل أو القيمة ولا يحصل على البائع ضرر من ذلك كما هو معلوم وقد تقدم في خيار الغبن وغيره ما ينفع المقام.

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب إحياء الموات حديث :٣.

(٢) راجع ج: ١٦ صفحة :٢٤٧.

عليه فهو لك» لا يجوز له ان يبيعه مرابحة بأن يجعل رأس المال ما عينه التاجر ويزيد عليه مقدارا بعنوان الربح(٢٦) بل اللازم إما أن يبيعه مساومة أو يبين ما هو الواقع من أن ما قوّمه التاجر كذا وانما أريد النفع كذا(٢٧) فإن باعه بزيادة كانت الزيادة له(٢٨). وان باعه بما قومه التاجر صح البيع

---

(٢٦) للنص، والإجماع، ولأنه كذب إذ لم يقع من التاجر معاملة بالنسبة إلى الدلال وإنما صدر منه مجرد الإخبار والمقاولة، وعن الصادقعليه السلام في موثق سماعة: «سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة، ويقولون: بع فما ازددت فلك، فقالعليه السلام: لا بأس بذلك ولكن لا يبيعهم مرابحة»[١] وفي صحيح زرارة عن أبي عبداللهعليه السلام: «ما تقول في الرجل يعطي المتاع فيقول له: ما ازددت على كذا وكذا فهو لك، قالعليه السلام: لا بأس به»[٢]، إلى غير ذلك من الأخبار.

(٢٧) ولا ريب في صحة كل منهما للإطلاقات والعمومات وخروجهما عن مورد أدلة المنع تخصصا.

(٢٨) البحث في ذلك.

تارة: بحسب النصوص

وأخرى: بحسب القاعدة.

أما الأولى: فتكفينا النصوص الواردة في المقام في صحة ذلك وظهورها في تملك الدلاّل للزيادة، ففي صحيح زرارة عن أبي جعفرعليه السلام: «سألته عن الرجل يعطي المتاع فيقال له: ما ازددت على كذا وكذا فهو لك؟ قال: لا بأس به»[٣]، ومثله موثقه الآخر، وفي صحيح ابن مسلم عن أبي عبداللهعليه السلام: «انه قال

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام العقود حديث: ٣.
(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام العقود حديث: ٢.
(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام العقود حديث: ٤.

و يكون الثمن له ولم يستحق الدلال شيئا(٢٩) وان كان الأحوط ارضاءه

في رجل، قال لرجل: بع ثوبي هذا بعشرة دراهم فما فضل فهو لك، فقال عليه السلام: ليس به بأس»[١]، فدليل الحكم تام من حيث النصوص.

وأما الثانية: فالمقام من الجعالة عرفا.

وأشكل على ذلك.. أولا: بعدم تحقق القبول من الدلال.

وثانيا: بأن المالك لا يملك الربح قبل الظهور حتى يملّكه إلى الدلال.

وثالثا: بالجهالة إذ لا يعلم مقدار ما زاد قبل حصوله إلا رب العباد.

والكل باطل. أما الأول: فلما يأتي من أن الجعالة من سنخ الإيقاعات لا العقود وعلى فرض كونه من العقود يكفي فيها القبول العملي، لأنه قد توسع في الجعالة بما لم يتوسع في غيرها على فرض كونها من العقود.

أما الثاني: فلا ريب ان المالك مالك للعين ومالك لكل ما يعتبر في العين اعتبارا صحيحا كالربح الحاصل منه إلا ان الأول فعلى من كل جهة والثاني اقتضائي شأني وهو أيضاً صحيح يترتب عليه الأثر كجواز تملكيه تماما أو بعضا إلى الغير بعد الحصول فلا محذور في الجعالة من هذه الجهة أيضاً.

وأما الثالث: فمقدار الزيادة معلوم عندهما إجمالا خصوصا عند الدلال الذي هو من أهل الخبرة وإنما تعلق الجهل بالخصوصية التفصيلية ومثله لا يضر في الجعالة المبنية على الجهالة في الجملة.

هذه خلاصة ما ينبغي ان يقال في المقام وان شئت التفصيل فراجع المطولات تجد الكلمات مضطربة مشوشة جدا.

(٢٩) أما كون الثمن للتاجر فلأنه عوض ماله الذي اذن في بيعه فمقتضى القاعدة كونه له.

وأما عدم استحقاق الدلال شيئا فلأن من لوازم اقدامه على كون الزيادة له اقدامه على المجانية لو لم تحصل زيادة في البين فالمجانية حصلت من هذا

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام العقود حديث :١.

بشيء[٣٠] وإن باعه بالأقل يكون فضوليا يتوقف صحته على إجازة التاجر[٣١].

(مسألة ١٠): لو اشترى شخص متاعا أو دارا أو عقارا أو غيرها جاز له ان يشرك فيه غيره بما اشتراه بالمناصفة بتنصيف الثمن وبالمثالثة بثلث الثمن وهكذا[٣٢] ويجوز إيقاعه بلفظ التشريك بأن يقول: شركتك في هذا المتاع نصفه بنصف الثمن أو ثلثه بثلث الثمن مثلا فقال قبلت[٣٣]، ولو أطلق يتصرف إلى المناصفة[٣٤] ويجوز إيقاعه بالمعاطاة أيضاً مع التعيين[٣٥].

الجعل المقرر بينهما، هذا مضافا إلى إطلاق ما تقدم من الأخبار.

(٣٠) خروجا عن خلاف من جعل له أجرة المثل وان كان لا دليل عليه وحرصا على عدم بطلان سعيه مهما أمكن وإن كان لا دليل على وجوبه.

(٣١) لفرض عدم اذنه في ذلك فيتحقق موضوع الفضولي قهرا. ونسب إلى المقنعة البطلان ولا دليل له من عقل أو نقل.

(٣٢) لآية التراضي[١]، وقاعدة السلطنة، وعموم «أحل الله البيع»[٢]، بناء على انه بيع كما هو الحق وعموم أدلة بيع التولية لأنه من صغرياتها.

(٣٣) لما مر غير مرة من ان المدار في ألفاظ العقود ظهورها عرفا في العنوان المقصود ولا ريب في ظهور هذا اللفظ في عنوان التشريك.

(٣٤) لانصراف التشريك المطلق إلى النصف عرفا إلا مع القرينة على الخلاف.

(٣٥) لأنه بعد كونه بيعا يجري فيه جميع ما يجري في البيع من غير فرق فتجري المعاطاة فيه.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

فصل في بيع الثمار والزرع والخضروات

(مسألة ١): لا يجوز بيع الثمار في النخيل والأشجار قبل بروزها وظهورها[1]

فصل في بيع الثمار والزرع والخضروات

(١) قد اختلفت الأخبار والكلمات في هذه المسألة والبحث فيها من جهات:

الأولى: في أقسام موضوع المسألة.

الثانية: في حكمها بحسب الأصل العملي.

الثالثة: في حكمها بحسب الإطلاقات والعمومات.

الرابعة: في حكمها بحسب الأخبار الواردة.

الخامس: في بيان الكلمات فيها.

أما الجهة الأولى: فالأقسام المتصورة ثمانية:

الأول: بيعها قبل الظهور بضميمة.

الثاني: بيعها قبله أزيد من عام.

الثالث: بعد الظهور مع الضميمة.

الرابع: بعد الظهور أزيد من عام.

الخامس: بعد بدوّ الصلاح سواء كان مع الضميمة أولا وسواء كان في عام واحد أو أزيد منه.

السادس: قبل الظهور مع عدم القيدين.

السابع: بعد الظهور وقبل بدو الصلاح في عام واحد.

الثامن: بيع نفس الموجود فعلا على الشجر لوجود غرض صحيح عقلائي فيه بلا ضميمة وبلا قيد أصلا هذه هي عمدة الأقسام الموضوعية المتصورة في المقام.

أما الجهة الثانية: فمقتضى أصالة عدم النقل والانتقال عدم ترتب الأثر في جميع هذه الأقسام كما هو الحال في جميع المعاملات والمعاوضات مطلقا عند الشك في ترتب الأثر.

أما الجهة الثالثة: فمقتضى العمومات والإطلاقات الصحة في جميع هذه الأقسام الثمانية كما هو كذلك في جميع المعاملات والمعاوضات التي يشك في صحتها وفسادها مع صدق عنوان المعاملة عليها عرفا.

وما يقال: انه في الصورة السادسة من بيع المعدوم مع أنه غرري، لاحتمال عروض عوارض وآفات تمنع عن الظهور فلا وجه للصحة.

(مدفوع): بأنه مع وجود المادة القريبة إلى الظهور لا معنى لكونه معدوما مطلقا مع فرض اعتبار وجود هذه المادة عند أهل الخبرة وترتب الأثر عليها عندهم.

وأما الغرر فهو محتمل فيها بعد الظهور أيضاً، لأن الآفات غير محدودة بحد خاص ولا يعلمها الا الله تبارك وتعالى فكم من ثمرات تحصل الآفة بعد ظهورها وكم من آفات تحصل لها قبل الظهور ومع ذلك تبلغ الثمرة إلى نضجها وغاية كمالها وذلك تقدير العليم الحكيم، مع أنه قد حددوا جميع الآفات الأرضية والجوية بالاجهزة الخاصة كما هو معلوم فلا موضوع للغرر والآفة عند أهل الخبرة.

وأما الأخبار فهي على أقسام:

القسم الأول: موثق ابن يزيد قال: «أمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا

جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل، فقال أبو جعفر عليه السلام: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله فسمع ضوضاء، فقال ما هذا؟ فقيل له تبايع الناس بالنخل العام، فقال: أما إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء ولم يحرمه»[١]، وفي صحيح الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين، فقال عليه السلام: لا بأس ـ إلى أن قال ـ وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها، فقال عليه السلام: قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك فلما رآهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ولكن فعل ذلك لأجل خصومتهم»[٢]، وفي موثق ربعي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إن لي نخلا بالبصرة فأبيعه وأسمي الثمر واستثنى الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل، فقال عليه السلام لا بأس قلت: جعلت فداك بيع السنتين، قال عليه السلام: لا بأس قلت: جعلت فداك إن ذا عندنا عظيم، قال عليه السلام: أما إنك قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله أحل ذلك فتظالموا، فقال صلى الله عليه وآله: لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها»[٣].

ومنه يظهر ان وجه الحرمة على فرض ثبوتها تظالم الناس بعضهم بعضا ولا ريب في حرمة ذلك مطلقا ولو كان في سنين متعددة، وأظهر من الكل في عدم الحرمة رواية يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء النخل؟ فقال عليه السلام: كان أبي يكره شراء النخيل قبل أن يطلع ثمرة السنة، ولكن السنتين والثلاث كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى قال يعقوب: وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعا؟ قال: لا بأس إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستبين»[٤]، ومقتضى ظاهرها بل صريحها الجواز مطلقا مع

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار :١.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢ و ٤.

(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث :٨.

الكراهة في العام الواحد قبل بروز الثمرة وظهورها عاما واحدا وبلا ضميمة ولها نحو حكومة على سائر أخبار الباب ويستفاد منها ان منشأ تشريع الكراهة كان أمرا خارجا عن حقيقة البيع وهو خصومة النـاس ويـصير مـفادها كـالعمومات والإطلاقات الجواز مطلقا قبل البروز ولو عاما واحدا وبلا ضميمة ولكنه يكره في هذه الصورة.

القسم الثاني: موثق سماعة قال: «سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها؟ فقال عليه السلام: لا إلا أن يشتري معها شيئا من غيرها رطبة أو بقلا فيقول: اشترى منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل»(١)، وفي موثق ابن عـمار(٢)، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا تشتر الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك أو ابتعت نخلا فابتعت أصله ولم يكن فيه حمل لم يكن به بأس».

ويمكن حملهما على الكراهة خصوصا موثق سماعة بـقرينة ذكـره فـي السؤال: «هل يصلح»و الشاهد على الكراهة ما مر من الخبرين.

القسم الثالث: قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح الحلبي: «و ان اشتريته ـ أي النخل ـ في سنة واحدة فلا تشتره حتى يبلغ»(٣)، وللبلوغ مراتب أرقى مرتبتها الظهور وهو ظاهر في الحرمة لو لا ما مر من القسم الأول من الاخبار الموجب لصرفه إلى الكراهة خصوصا مع تذييله بقوله عليه السلام: «و سئل عن الرجـل يشـتري الثمرة المسماة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها ـ الحديث كما تقدم ـ»، وفي موثق ابن الوشاء قال: «سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النـخل إذا حـمل؟ قـال عليه السلام: لا يـجوز بـيعه حـتى يـزهو، قـلت: ومـا الزهـو جـعلت فـداك؟

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب بيع الثمار: ١ و٣.
(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث :٢.

قال عليه السلام: يحمر ويصفر وشبه ذلك»[١]، وفي موثق بن موسى قال: «سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال عليه السلام: إذا عقد وصار عروقا»[٢]، وفي خبر آخر عنه: «و صار عقودا» و العقود اسم الحصرم بالنبطية، وفي حديث المناهي عنه عليه السلام: «و نهى النبي صلى الله عليه وآله ان يبتاع الثمار حتى تزهو، يعنى تصفر أو تحمر»[٣]، وفي النبوي: «نهى عن المخاضرة وهو ان يبتاع الثمار قبل أن يبدو صلاحها»[٤]، إلى غير ذلك التي عبر فيها.

تارة: ببدو الصلاح كما تقدم في رواية ربعي.

وأخرى: بـ «الإطعام» كما في موثق سماعة[٥].

و ثالثة: بـ «البلوغ»[٦].

ورابعة: بـ «الإدراك»[٧].

وخامسة: بـ «الاستبانة» كما تقدم في موثق ابن شعيب.

وسادسة: بـ «التبيين» كما فيه كذلك.

ويمكن إرجاع الكل إلى معنى واحد لأنها موضوعات عرفية قابلة للتشكيك ولها مراتب مختلفة.

وبالجملة: الموضوع عرفي لا ان يكون تعبديا شرعيا أو من الموضوعات التي لنظر الفقيه فيها دخل حتى يحتاج إلى البيان والإطناب بل أهل تلقيح النخل وعمال الأشجار والبساتين ربما يكونوا أعرف بهذه الأمور من الفقيه، واستندوا إليها للمنع عن صحة البيع قبل بدو الصلاح.

القسم الرابع: صحيح الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام: عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين، فقال عليه السلام: لا بأس تقول: إن لم يخرج في هذه السنة خرج في قابل»[٨]، وصحيح خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال:

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث: ٣ و ٦ و ١٤ و ١٥.

(٥) و (٦) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار: ١٠ و ٢٢.

(٧) الوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الثمار: ٢.

(٨) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢ و ٩ و ١٠.

عاماً واحدا وبلا ضميمة(٢).

ويجوز بيعها عامين فما زاد(٣)

لا تشتر النخل حولا واحدا حتى يطعم وان شئت ان تبتاعه سنتين فافعل»(١)، وقد تقدم في خبر يعقوب بن شعيب أيضاً.

أقول: يستفاد من قوله عليه السلام، «ان لم يخرج في هذه السنة خرج في قابل» ان المناط كله هو الاطمئنان العرفي بالخروج فيشمل ذلك السنة الواحدة وكذا قوله عليه السلام في رواية أبي بصير(٢)، حتى تثمر وتأمن ثمرتها من الآفة».

القسم الخامس: خبر محمد بن شريح قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ثمرة نخل سنتين أو ثلاثا وليس في الأرض غير ذلك النخل؟ قال عليه السلام: لا يصلح إلا سنة ولا تشتره حتى يبين صلاحه، قال: وبلغني انه قال في ثمر الشجر لا بأس بشرائه إذا أصلحت ثمرته فقيل له: وما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده»(٣)، هذه هي الأخبار التي وصلت إلينا.

والمتحصل من مجموعها بعد رد بعضها إلى بعض الجواز مطلقا ولو قبل البروز في عام واحد وبلا ضميمة لكن على كراهة وهذا هو مختار صاحب الحدائق ونسب الميل إليه إلى جملة من محققي المتأخرين ولكن في الجواهر ادعى الإجماع على الخلاف على تفصيل يأتي.

(٢) للإجماع، ولما مر من الاخبار في القسم الثالث، وما تقدم من موثق سماعة بالنسبة إلى الضميمة في القسم الثاني، ولكن الظاهر ان إجماعهم اجتهادي والاخبار يمكن حملها على الكراهة والإرشاد إلى رفع الخصومة والضوضاء كما مر في القسم الأول من الاخبار فلا منشأ للحرمة خصوصا مع حصول الاطمئنان العادي بالحصول من القرائن المعتبرة عند أهل الخبرة بأوضاع الأشجار والاثمار والزرع ونحوها من النباتات.

(٣) لما تقدم في القسم الرابع من الأخبار، مع أن ظاهرهم الإجماع

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث :١٣ و ٩ و ١٠.

ومع الضميمة[٤] وأما بعد الظهور فإن بدا صلاحها أو كان في عـامين أو مـع الضميمة يجوز بيعها أيضاً[٥] بـل ويـجوز بـعد الظـهور وإن كـان قـبل بـدو الصلاح ومع عدم الضميمة وفي عام واحد لا في عامين أو أكثر[٦] ولكن يكره ذلك[٧].

على الجواز حينئذ.

(٤) لموثق سماعة وقد تقدم في القسم الثاني من الأخبار فراجع وتشهد للصحة العرف والاعتبار حينئذ أيضاً.

(٥) للإطلاقات والعمومات وما مر من الاخبار في القسم الرابع وما تقدم من موثق سماعة فإنها تشمل صورة بدو الصلاح بالنسبة إلى أكثر من عام واحد.

(٦) لإطلاقات الأدلة وعموماتها، والقسم الأول من الاخبار، وانقطاع منشأ الخصومة والضوضاء بعد الظهور غالبا، وسيرة أهل الخبرة على الأقدام بالمعاملة لعدم الجهالة والسفاهة والغرر فيها حينئذ.

(٧) لما تقدم في القسم الثالث والخامس مـن الاخـبار المـحمولة عـلى الكراهة جمعا بينها وبين ما تقدم في القسـم الأول مـن الاخـبار، مـع اخـتلاف التعبيرات فيها من أمارات الكراهة.

فتلخص من جميع ما تقدم ان للثمرات أحوال أربعة:

الأول: قبل الظهور مطلقا.

الثاني: بعده وقبل بدو الصلاح بمراتبه.

الثالث: بعده وقبل النضج.

الرابع: بعد النضج، والأخير جائز بالضرورة وبلا قيد، وكذا يجوز الثالث أيضاً بل وكذا يجوز الثاني أيضاً وأما الأول فقد تقدم عدم جوازه عند المشهور وقد ناقشنا في أدلتهم مع الاطمئنان المتعارف بالحصول وعدم الآفة فراجع.

ثمَّ انه في كل مورد لم يجز البيع يصح فيه الصـلح لتـحمله مـن الجـهالة

(مسألة ٢): بدو الصلاح في التمر احمراره أو اصفراره وفي غيره انعقاد حبه بعد تناثر ورده(٨).

(مسألة ٣): يعتبر في الضميمة عند الاحتياج إليها كونها مما يجوز بيعها منفرده(٩)، وكونه مملوكة للمالك(١٠). ومنها الأصول لو بيعت مع الثمرة(١١)، ولا فرق بين كون الضميمة تابعة أو

والغرر ما لا يتحمله غيره من المعاوضات على ما يأتي في كتاب الصلح ان شاء الله تعالى.

(٨) للنص والإجماع، واللغة والعرف، ففي خبر ابن شريح: «لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته فقيل له: ما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده»(١)، وفي خبر الوشاء عن الرضا عليه السلام: «هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهو قلت وما الزهو جعلت فداك؟ قال: يحمر ويصفر وشبه ذلك»(٢)، والظاهر كونه من الأمور المتعارفة بين أهل البساتين والزروع ويصح ان يراد به وصول الثمرة إلى أوان أكله ولو ببعض مراتبه. ولا وجه في تعيينه إلى الرجوع إلى الاخبار وإجماع فقهائنا الأخيار ولا يخفى ان لبدو الصلاح والاحمرار والاصفرار مراتب كثيرة ويكفي صرف وجودها لظهور الإطلاق.

(٩) لأنها مخرجة للمعاملة عن الغرر والجهالة والمجازفة فإن لم تكن مما يجوز بيعها منفردة لا أثر لها ويلزم من فرض وجودها عدمه وقد جعل الفقهاء ذلك من القواعد الفقهية وأرسلوها إرسال المسلمات الفقهية في جميع الموارد.

(١٠) لأنه بدون ذلك لا يصح بيعها فلا وجه لفرض كونها ضميمة.

(١١) لإطلاق معاقد الإجماعات الشامل لها أيضاً، وإطلاق خبر ابن عمار قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا تشتر الزرع ما لم يسنبل فاذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك، أو ابتعت نخلا فابتعت أصله ولم يكن فيه حمل لم يكن

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث: ١٣ و ٢.

متبوعة فيصح البيع بكل منهما(١٢).

(مسألة ٤): إذا ظهر بعض ثمرة البستان جاز بيع ثمرته أجمع الموجودة والمتجددة في تلك السنة(١٣) سواء اتحدت الشجرة أو تعددت وسواء اتحد الجنس أو اختلف(١٤)، وكذلك لو أدركت ثمرة بستان جاز بيعها مع ثمرة بستان آخر لم تدرك ثمرته(١٥).

به بأس»[١].

(١٢) لصدق الضميمة بالنسبة إليهما عرفا فيشمله إطلاق الدليل من الإجماع والاخبار، وفي خبر ابن عمار يكون الثمرة تابعا لأصل بيع النخل فتكون الضميمة متبوعة حينئذ. نعم، الغالب أن الضميمة تابعه في القصد وقد ثبت في محله ان الغلبة لا يوجب التقييد.

(١٣) للإطلاقات والعمومات من غير مقيد ومخصص مضافا إلى الإجماع لأنه من الضميمة وللنصوص الخاصة منها: قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح ابن شعيب: «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها جميعا»[٢]، وفي صحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر»[٣]، إلى غير ذلك من الأخبار.

(١٤) لإطلاق الأدلة الشامل لجميع ذلك مع التصريح بالاختلاف فيما مر من صحيح ابن شعيب، وإطلاق الاختلاف وتقرير الإمام له يشمل جميع أقسام الاختلاف مع صحة فرض الضميمة بالنسبة إلى الجميع.

(١٥) لصدق الضميمة فيجوز معها مضافا إلى إطلاق النصوص السابقة الشامل لهذه الصورة أيضاً وخصوص خبر إسماعيل بن الفضل، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل ان تدرك؟ فقال: إذا كان له في تلك الأرض بيع له

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب بيع الثمار: ٣.

(٢) والوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الثمار: ١.

(٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الثمار: ٤.

(مسألة ٥): لو كانت الشجرة تثمر في سنة واحدة مرتين تكون المرتان بمنزلة عامين فيجوز بيع ثمرتها في المرتين قبل الظهور(١٦).

(مسألة ٦): إذا باع الثمرة سنة أو سنتين أو أزيد بيعا صحيحا ثمَّ باع الأصول من شخص آخر لم يبطل بيع الثمرة(١٧).

فتنتقل الأصول إلى المشتري مسلوبة المنفعة(١٨) ولو كان جاهلا كان له الخيار في فسخ بيع الأصول(١٩) كالعين المستأجرة(٢٠).

غلة قد أدركت فبيع ذلك كله حلال»[١].

(١٦) للإطلاقات والعمومات بعد انصراف ما دل على المنع في عام واحد عنه مضافا إلى شمول التعليل الوارد في موثق ابن شعيب المتقدم: «ان لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى»[٢]، له إذا المقطوع به انه ليس لتعدد السنة مدخلية خاصة بل المناط كله تعدد الحمل والثمرة وانما ذكر تعدد السنة طريقا إلى ذلك.

(١٧) للأصل، والإطلاق، والاتفاق، ولجواز التفكيك بينها في الملكية، ويدل عليه خبر الغنوي، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يشتري النخل ليقطعه للجذوع فيدعه فيحمل النخل، قال عليه السلام: هو له إلا ان يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»[٣].

(١٨) لفرض ان البائع استوفى منفعتها بالنقل إلى غيره نقلا صحيحا شرعيا فلا وجه لانتقالها بعد ذلك إلى مشتري الأصول.

(١٩) للإجماع، وقاعدة نفي الضرر.

(٢٠) لأنه إذا باع العين المستأجرة يصح البيع بالنسبة إلى العين ولا تبطل

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الثمار: ٢.
(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث: ٨.
(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

(مسألة ٧): لا تدخل الثمرة الموجودة في بيع الأصول إلا بالشرط[٢١].

(مسألة ٨): يجب على مشتري الأصول إبقاء الثمرة مجانا إلى بلوغها[٢٢].

(مسألة ٩): لو اختلف في وقت البلوغ يرجع في تعيينه إلى ثقات أهل الخبرة[٢٣]، ومع اختلافهم فلا بد من التصالح والتراضي[٢٤].

(مسألة ١٠): لكل من مالك الأصل والثمرة سقي الشجرة مع المصلحة وانتفاء الضرر عن الآخر[٢٥].

(مسألة ١١): لو انتفع أحدهما بالسقي وتضرر الآخر فإن حكم أهل الخبرة بالترجيح يعمل به[٢٦].

(مسألة ١٢): الأوراق التي ينتفع بها انتفاعا شائعا في حكم الثمرة في هذه الجهة فيجوز بيعها من شخص وبيع الأصل من آخر[٢٧] ـ كورق التوت، والحناء، والخلاف المسمى في الفارسية (بيد مشك) في البلدان التي ينتفع بها، وكذا بعض الأوراد[٢٨].

الإجارة ولمشتري العين الخيار مع جهله بالإجارة ويأتي التفصيل في كتاب الإجارة ان شاء الله تعالى.

(٢١) للأصل ما لم تكن قرينة أو شرط على الخلاف.

(٢٢) لأن ذلك مقتضى إقدامه عليه مضافا إلى ظهور الإجماع.

(٢٣) لأنهم أعرف في هذه الأمور من غيرهم.

(٢٤) لانقطاع نزاعهم بذلك.

(٢٥) لقاعدة السلطنة.

(٢٦) لأنهم المتبع في هذه الأمور كما عرفت.

(٢٧) لما تقدم في مسألة ٦ بعد فرض المالية للأوراق.

(٢٨) لما مر في سابقة ويأتي في المسائل الآتية بعض ما يتعلق بها.

(مسألة ١٣): لا يبطل بيع الثمار بموت بائعها ولا بموت مشتريها بل تنتقل الثمرة إلى ملك ورثة المشتري[(٢٩)] ويبقى الأصل على ملك البائع وإن مات ينتقل إلى ورثته[(٣٠)].

(مسألة ١٤): لو باع الثمرة بعد ظهورها أو بدو صلاحها فأصيبت بآفة سماوية أو أرضية قبل قبضها الذي هو التخلية كان من مال بائعها[(٣١)] وكذا النهب والسرقة مما لا يكون المتلف فيه معلوما[(٣٢)]. نعم لو كان المتلف شخصا معينا كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه ومطالبة المتلف بالبدل[(٣٣)]، ولو أتلفه المشتري قبل القبض استقر

---

(٢٩) للأصل، ولأنها صارت ملكا للمشتري، وتجري عليها جميع آثار الملك، ومن آثاره الانتقال إلى الورثة عند موت المالك والبائع صار أجنبيا عنها.

(٣٠) لعين ما تقدم في الثمرة من غير فرق، ومشتري الثمرة أجنبي عن الأصل، وكذا لو باع الأصل من شخص والثمرة من آخر يجري عليه هذا الحكم من غير فرق، فإن مات مشتري الأصل ينتقل إلى ورثته مسلوبة المنفعة كما كان للمورث.

(٣١) لقاعدة أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه التي أشرنا إليها وإلى مدركها سابقا[(١)].

(٣٢) لأنه لا ريب في صدق التلف على ذلك كله، فتشمله القاعدة وقد ذكر السرقة فيما مر من خبر عقبة في مدرك القاعدة[(٢)].

(٣٣) لأصالة اللزوم وعدم انفساخ البيع، وقاعدة ضمان المتلف وحيث تعذر التسليم، للمشتري خيار تعذر التسليم. والظاهر عدم الفرق بين كون المتلف هو البائع أو شخصا آخر، ولكن الأحوط التصالح في الأول لذهاب

---

(١) راجع ج: ١٧ صفحة :٢٨١.

(٢) راجع ج: ١٧ صفحة :٢٨١.

العقد[٣٤]، كما انه لو كان التلف بعد القبض كان من مال المشتري مطلقا ولا يرجع إلى البائع بشيء[٣٥].

(مسألة ١٥): لو تلف بعض المبيع قبل القبض كان من مال البائع أيضاً فيأخذ المشتري السليم بحصته من الثمن[٣٦] وكان له خيار التبعيض[٣٧] ويجري حكم التلف قبل القبض وبعده بالنسبة إلى ثمرة السنة الثانية لو كانت بعض المعقود عليه ولا يكون القبض بالنسبة إلى السنة الأولى قبضا بالنسبة إلى الثانية حتى يجري فيها حكم التلف بعد القبض فقط[٣٨] ولكن لو ظهر عدم الثمرة في السنة الثانية أصلا فلا ضمان على البائع

جمع إلى أن إتلاف البائع كالتلف عنده يوجب الانفساخ.

(٣٤) لأن إتلافه كالقبض فيخرج بذلك عن ضمان البائع.

(٣٥) لخروج المال بالقبض عن ضمان البائع واستقرار ملك المشتري عليه فلا وجه للرجوع إلى البائع بشيء.

ثمّ ان عمدة الأقسام أربعة عشر: لأن الإتلاف إما من البائع والمشتري معا، أو من غيرهما، أو من البائع خاصة، أو من المشتري خاصة، أو من البائع والأجنبي أو منهما وأجنبي فالأقسام سبعة وجميع هذه الأقسام إما قبل القبض أو بعده ويظهر حكم الكل بالتأمل فيما ذكرناه فراجع وتأمل فإنه يمكن فرض أقسام أخرى أيضاً.

(٣٦) لجريان قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه بالنسبة إلى البعض كجريانها بالنسبة إلى الكل، مضافا إلى الإجماع ويجري فيه أيضاً جميع الأقسام التي تقدمت بالنسبة إلى الكل.

(٣٧) لظهور الإجماع، وقاعدة نفي الضرر.

(٣٨) لانحلال البيع بالنسبة إلى السنة الثانية أيضاً فيشملها إطلاق القاعدة، مضافا إلى ظهور عدم الخلاف فيه.

حينئذ (٣٩).

(مسألة ١٦): يجوز ان يستثنى البائع لنفسه حصة مشاعة من الثمرة كالثلث والربع أو مقدارا معينا ـ كمأة كيلوات مثلا ـ كما يجوز له ان يستثنى ثمرة نخل أو شجر معين (٤٠)، فإن خاست الثمرة يسقط من الثنيا بحسابه في الأولين (٤١).

---

(٣٩) لأن الضمان عليه انما هو في صورة التلف فقط، وعدم الوجود أصلا لا يصدق عليه التلف عرفا حتى يتحقق موضوع الضمان فمقتضى الأصل لزوم البيع وبراءة البائع عن الضمان.

(٤٠) للنص، والإجماع، والأصل وقاعدة السلطنة، والسيرة وفي صحيح ربعي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام إن لي نخلا بالبصرة فأبيعه واسمي الثمن واستثنى الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل، فقال عليه السلام: لا بأس ـ الحديث ـ»[1]، وخبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً: «في الرجل يبيع الثمرة ثمَّ يستثنى كيلا وتمرا، قال عليه السلام: لا بأس به، قال: وكان مولى له عنده جالسا، فقال المولى:

إنه ليبيع ويستثنى أو ساقا يعني أبا عبدالله عليه السلام قال: فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله»[2].

وتوهم بطلان أصل البيع لاستلزامه الجهالة (فاسد) بعد معلومية أصل المبيع ومقدار الاستثناء مع انه من الاجتهاد في مقابل النص.

(٤١) لأن هذا مقتضى الإشاعة كما هو المفروض والمنساق من مثل هذه التعبيرات في نظائر المقام هو الحمل على الإشاعة أيضاً وهو الأصل فيها إلا إذا أحرز الخلاف. نعم، لو كان مرادهما الكلي في المعين لا يسقط من المستثنى شيء ما دام يكون مقدار الاستثناء باقيا كما يأتي.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب بيع الثمار حديث: ٤.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب بيع الثمار حديث: ١.

ولا يسقط شيء منه في الأخير(٤٢).

(مسألة ١٧): يجوز بيع الثمرة على النخل والشجر بكل شيء يصح ان يجعل ثمنا في سائر البيوع من النقود والأمتعة والطعام والحبوب والحيوان وغيرها بل المنافع والاعمال ونحوها(٤٣). نعم لا يجوز بيع التمر على النخل بالتمر وهو المسمى بالمزابنة(٤٤). سواء كان مقدارا من تمرها أو

---

(٤٢) لفرض أنه استثنى مقدارا خاصا معينا فإن أصابته آفة تكون عليه فقط وإن سلم فجميعه له بمقتضى الاستثناء.

(٤٣) للأصل والإطلاق والاتفاق.

(٤٤) البحث في المقام من جهتين:

الأولى: في أن عدم الجواز بحسب القاعدة حتى تجري في جميع الموارد أو انه للدليل الخاص فلا بد من الاقتصار على مورده؟ الحق هو الأخير لأن مقتضى الإطلاقات والعمومات وأصالة الإباحة الجواز مطلقا إلا إذا دل دليل خاص على المنع ويأتي ذكر الأدلة التي استدلوا بها على أن عدم الجواز مطابقا للقواعد العامة والجواب عنها.

الثانية: في الأدلة الخاصة الواردة في المقام وهي على قسمين:

الأول: ما دل على عدم الجواز وهو الإجماع والنص، ففي صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، قلت: وما هو؟ قال عليه السلام: أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة»(١)، ويمكن الحمل على اللف والنشر المشوش فبيع الزرع بالحنطة محاقلة وبيع النخل بالتمر مزابنة، لكن في الرواية الثانية: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، فقال: المحاقلة النخل بالتمر والمزابنة بيع السنبل

---

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب بيع الثمار: ١.

بالحنطة»[١]، ولا مشاحة في التسمية والاصطلاح بعد حرمة كل منهما، وعدم ثمرة عملية بل ولا علمية في التسمية وإن كانت قد تظهر في النذر والعهد.

ثمَّ انه قد يستدل على حرمة بيع التمر على النخل بالتمر بالقواعد العامة التي تجري في جميع الموارد كلزوم اتحاد الثمن والمثمن تارة، ولزوم الربا أخرى، والغرر والجهالة ثالثة، وبأنه يقل إذا جف رابعة هذه أدلتهم.

والكل مخدوش: إذ يرد الأول بأنه يكفي فيه الاختلاف بحسب الأغراض الصحيحة والتغاير الاعتباري ولو كان اتحاد في الجملة بحسب الصورة، مع انه يمكن أن يكون الثمن كليا ويشترط التأدية من تمر النخل.

والثاني: بأنه لا وجه له لأن الربا المعاملي انما يتحقق فيما إذا كان العوضان من المكيل أو الموزون والتمر على النخل لا يكون منهما عرفا وان صار منهما بعد الاقتطاف، مضافا إلى ما يأتي من موثق الكناني من نفي الربا عنه.

والثالث: بأنه لا وجه للغرر والجهالة بعد معلومية التمر على النخل بحسب التخمين والحدس الصحيح عند أهل الخبرة.

والرابع: بأنه يضر فيما إذا كانت المعاملة ربوية والمفروض في المقام عدم لزوم الرباء لفقد شرطه في أحد العوضين كما مر.

القسم الثاني من الأخبار: ما يظهر منها الجواز ـ مضافا إلى الأصل، والإطلاقات، والعمومات ـ كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل قال لآخر: بعني ثمرة نخلك هذا الذي فيها بقفيزين من تمر أو أقل أو أكثر يسمي ما شاء، فباعه، قال عليه السلام: لا بأس به، وقال: التمر والبسر من نخلة واحدة لا بأس به فأما إن يخلط التمر العتيق أو البسر فلا يصلح والزبيب والعنب مثل ذلك»[٢]،

---

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب بيع الثمار: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب بيع الثمار: ١ و٣.

وموثق الكناني[١]، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: ان رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقا من تمر وكان له نخل، فقال له: خذ ما في نخلي بتمرك، فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول‌الله لفلان عليّ خمسة عشر وسقا من تمر فكلمه يأخذ ما في نخلي بتمره، فبعث النبي صلى الله عليه وآله إليه، فقال: يا فلان خذ ما في نخله بتمرك، فقال: يا رسول‌الله لا يفي، وأبى أن يفعل، فقال رسول‌الله صلى الله عليه وآله لصاحب النخل أجذذ نخلك فجذه له فكاله فكان خمسة عشر وسقا، فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم إلا اني قد سمعته منه أن أبا عبدالله عليه السلام، قال: ان ربيعة الرأي لما بلغه هذا عن النبي صلى الله عليه وآله قال هذا ربا قلت أشهد بالله انه لمن الكاذبين، قال: صدقت»، وفي موثق يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيل مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل أما زاد أو نقص وأما أن آخذه أنا بذلك؟ قال: نعم لا بأس به»[٢]، وفي خبره الآخر قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يكون له على الآخر مائة كر تمر وله نخل فيأتيه فيقول: أعطني نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه»[٣].

وفيه: أن الأصل والإطلاقات والعمومات لا مجال للعمل بها في مقابل ما مر من صحيح الحجاج.

وأما الأخبار فأسقطها عن الاعتبار إعراض المشهور عنها، مع ان إطلاق صحيح الحلبي مخالف للإجماع، إذ لم يقل أحد بالجواز من تمر عين تلك النخلة، مع أن ذيله مجمل لم يعلم المراد منه، وموثق الكناني وخبري ابن شعيب لا ظهور لها في البيع، ويمكن إرادة المصالحة والمراضاة لا خصوص البيع المحرم.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب بيع الثمار: ٣.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٥.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

تمر آخر على النخيل أو موضوعا على الأرض(٤٥) والأحوط إلحاق ثمرة ما عدى النخيل من الفواكه بها فلا تباع بجنسها(٤٦).

(مسألة ١٨): يجوز الصلح أو الهبة المعوضة ونحوها في التمر على النخل بالتمر(٤٧). والاحتياط في ترك كل معاوضة مطلقا(٤٨).

---

(٤٥) لإطلاق الدليل الشامل لكل منها. ودعوى: ان المتيقن هو الأول خلاف ظاهر الإطلاق. نعم، يصح هذا الدعوى بالنسبة إلى الإجماع لكنه أيضاً خلاف ما نسب إلى المشهور من التعميم، ومعه لا وجه لأخذ القدر المتيقن من الإجماع، لأن المشهور أعرف بمراد المجمعين من متأخري المتأخرين.

(٤٦) نسب الإلحاق إلى المشهور فإن كان الحكم في الملحق به موافقا للقاعدة كلزوم الربا أو الجهالة أو نحوهما مما تبطل به أصل المعاوضة فلا ريب في صحة الإلحاق، بل لا وجه لتسميته بالإلحاق لأنها بنفسها من احدى صغريات القاعدة أيضاً، وقد ذكرنا المناقشة في كون الحكم لأجل القواعد العامة.

وأما ان كان الحكم في الملحق به لأجل الدليل الخاص به فلا يجري في سائر الفواكه في هذا الحكم المخالف للأصل والعمومات والإطلاقات.

نعم، احتمال أن يكون ما ورد في التمر من باب المثال لجميع الفواكه يجري ولكنه لا يصلح للفتوى كما لا يخفى وان صلح للاحتياط.

(٤٧) للجمود على ظاهر النص الدال على المنع في البيع في هذا الحكم المخالف للأصل والعمومات.

كما ان مقتضى الجمود على النص أيضاً كون تمر النخل مثمنا، ولو كان بالعكس فمقتضى الأصل والإطلاقات الجواز، وإن كان خلاف الاحتياط، لاحتمال التعميم.

(٤٨) لاحتمال عدم اختصاص أدلة المنع بخصوص البيع، وإن كان هذا

(مسألة ١٩): لو مزج التمر بغيره ـ وجعله ثمنا أو مثمنا ـ يجوز بيعه بالتمر[٤٩]، ولو باع الطلع بالتمر كان مزابنة[٥٠].

(مسألة ٢٠): لا فرق في المنع بين كون المبيع نفس ما على النخلة وبين جعله كليا في الذمة ويشترط أداءه منها[٥١].

(مسألة ٢١): قد استثنى من حرمة المزابنة العرايا بخرصها تمرا[٥٢].

(مسألة ٢٢): يجوز ان يبيع ما اشتراه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه به أو

الاحتمال خلاف الظاهر.

(٤٩) للشك في صدق دليل المنع بالنسبة إليه لأن الظاهر منه التمر الخالص دون المخلوط.

(٥٠) لصدق حمل النخل بالنسبة إليه فيشمله ما تقدم من الصحيح.

(٥١) للإطلاق الشامل لهما، وإن كان مقتضى الجمود هو الأول في هذا الحكم المخالف للأصل والإطلاقات.

(٥٢) للنص والإجماع، قال أبو عبدالله عليه السلام في موثق السكوني: «رخص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا بأن تشتري بخرصها تمرا، قال: والعرايا: جمع عرية وهي النخلة يكون للرجل في دار رجل آخر، فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمرا ولا يجوز ذلك في غيره»[١]، وفي خبر ابن سلام عن النبي صلى الله عليه وآله: انه رخص في العرايا، واحدتها عرية وهي النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا»[٢]، قال في المجمع: «العرية النخلة يعيرها صاحبها غيره ليأكل ثمرتها، فيعروها أي يأتيها من قولهم عروت الرجل أعروه إذا أتيته أو من قولهم أنا عرو من هذا الأمر أي خلو منه سميت بذلك لأنها استثنيت من جملة النخيل الذي نهى عنها وهي فعيلة بمعنى مفعولة ودخلت الهاء لأنه ذهب بها مذهب الأسماء كالنطيحة

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب بيع الثمار.

نقصان قبل قبضه أو بعده(٥٣).

(مسألة ٢٣): لا يجوز بيع الزرع بذرا قبل ظهوره(٥٤)

والأكيلة فإذا جيء بها مع النخلة حذفت الهاء، وقيل نخلة عـري»، وحـيث ان الموضوع غير مبتلى به في هذه الأعصار فلا وجه للتطويل، والأحوط في موارد الشك في الصدق أن يكون بنحو المصالحة لا البيع.

(٥٣) للأصل، والإطلاق، والاتفاق، وصحيح الحلبي عن أبـي عـبداللهعليه السلام قال: «سألته عنن الرجل يشتري الثمرة ثمَّ يبيعها قبل أن يأخذها؟ قالعليه السلام: لا بأس به إن وجد ربحا فليبيع»(١)، وصحيح ابن مسلم عن أحدهماعليه السلام: «في رجل اشترى الثمرة ثمَّ يبيعها قبل أن يقبضها، قالعليه السلام: لا بأس»(٢).

(٥٤) للنص، والإجماع، قال معاوية بن عمار: «سمعت أبا عبداللهعليه السلام يقول لا تشتر الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك»(٣)، وعن أبي بصير عن الصادقعليه السلام قال: «سألته عن الحنطة والشعير أشترى زرعـه قـبل أن يسنبل، وهو حشيش؟ قالعليه السلام: لا إلا ان يشتريه لقصيل يعلفه الدواب ثمَّ يتركه ان شاء حتى يسنبل»(٤)، المحمول على ما إذا لم يكن غرض صحيح في البين قبل ان يسنبل بقرينة غيرهما من الأخبار وان حملناه على الكراهة كما عن الشـيخ فليس في النصوص ما يدل غلى المنع عن بـيع الزرع فـيكون دليـله مـنحصرا بالإجماع، والمتيقن منه ما إذا لم يكن غرض صحيح شرعي في البـين. ولكـن عمدة الصور سبعة:

الأولى: أن يكون بيع نفس البذر المـدفون فـي الأرض مـورد الغـرض الصحيح الشرعي المعاملي بأن يراد إخراجه من الأرض، وجمعه لفائدة صحيحة مترتبة على ذلك.

وبعبارة أخرى: بيعه مـن بـاب الوصـف بـحال الذات لا الوصـف بـحال

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب بيع الثمار: ٢ و ٣.

(٣) و (٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الثمار: ٥ و ١٠.

المتعلق، ومقتضى الأصل والإطلاقات والعمومات جواز ذلك، والمنساق مما مر من النص والإجماع غير هذه الصورة.

الثانية: بيعه من حيث كونه منشأ للسنبل وأخذ الحب منه. وبعبارة أخرى: بيعه من باب الوصف بحال المتعلق وهذا هو المتيقن من الإجماع والمنساق مما مر من النص الدال على المنع وعدم الجواز على فرض تمامية الدلالة، واستدل على عدم الجواز بالجهالة والغرر، وبيع المعدوم وقد ناقشنا في ذلك كله في (مسألة ١) من أول الفصل فراجع.

الثالثة: بيع الزرع محصودا مكتفيا بالمشاهدة، ومقتضى الأصل والإطلاقات والعمومات جوازه، كما أن مقتضى السيرة جواز الاكتفاء في تعيينه بالمشاهدة.

الرابعة: بيعه أخضر بأن يبيعه هذا الموجود الخارجي، ومقتضى الأصل والإطلاقات والعمومات الجواز أيضاً مضافا إلى نصوص خاصة، منها إطلاق صحيح بكير بن أعين، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام أ يحل شراء الزرع الأخضر؟ قال عليه السلام: نعم لا بأس به»[1] ويدل عليه صحيح ابن خالد الذي يأتي بعد ذلك[2].

الخامسة: بيع الزرع مطلقا ويشترط على المشتري قطعه وإفراغ الأرض منه وهذا جائز أيضاً، للإطلاقات والعمومات والأصل.

السادسة: بيع الزرع وهو حشيش، إن شاء أبقاه المشتري حتى يسنبل، وإن شاء قطعه وهذا صحيح أيضاً، للإطلاقات العمومات، واخبار خاصة يأتي التعرض لها ان شاء الله تعالى.

السابع: بيعه قصيلا ويقطعه المشتري قبل ان يسنبل، ومقتضى الإطلاقات والعمومات الجواز ويستفاد ذلك من الأخبار الخاصة أيضاً كما سيأتي.

إذا لا بأس بشراء، الزرع في جميع أحواله إلا في صورة واحدة كما مر.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الثمار: ٢ و ٥.

ويجوز الصلح عنه(٥٥)، كما يجوز بيعه تبعا للأرض لو باعها وأدخله في المبيع بالشرط(٥٦).

وأما بعد ظهوره وطلوع خضرته فيجوز بيعه قصيلا بأن يبيعه بعنوان أن يكون قصيلا ويقطعه المشتري قبل أن يسنبل سواء بلغ أوان قصله أو لا(٥٧) وسواء عين مدة لإبقائه بالشرط أو أطلق(٥٨) ويجب على المشتري قطعه إذا بلغ أوانه(٥٩) إلا إذا رضي البائع بإبقائه فيجوز حينئذ(٦٠).

---

(٥٥) لإطلاق أدلة الصلح وتحمّل الصلح للجهالة بما لا يتحمّله غيره.

(٥٦) لعموم أدلة الشرط الشامل لهذه الصورة، ويقتضيه الأصل أيضاً ولا محذور في البين إلا احتمال سراية جهالة الشرط إلى المبيع فيفسد أصل البيع حينئذ. ولكنه مردود لأن الشرط في المقام ليس من الشرط الدقي العقلي ومن باب وحدة المطلوب، بل هو من باب تعدد المطلوب لو حظ تبعا للمبيع في إنشاء البيع وذلك لا يوجب الجهالة في المبيع المعلوم بحدوده من حيث انه الأصل وانه المقصود الأصلي في المعاملة.

وبالجملة: أصل الغرض المعاملي قائم بالمتبوع فإذا كان معلوما يصح البيع وتغتفر الجهالة فيما هو خارج عن حقيقة المبيع.

(٥٧) لما تقدم في القسم الرابع من الإطلاقات، والعمومات، والنصوص الخاصة.

(٥٨) أما في صورة التعين فلا ريب في الصحة. وأما في صورة الإطلاق فلانصرافه عرفا إلى قطعه في أوان القصل لفرض أن المبيع هو القصيل دون غيره، والانصراف المعتبر كالقرينة المحفوفة بالكلام فهو كالتعيين.

(٥٩) لأن الإبقاء تصرف في مال البائع وهو الأرض بدون رضاه وهو محرم بالأدلة الأربعة كما تقدم مكررا، فلا بد له من قطعه أو إرضائه.

(٦٠) لفرض إذن المالك بالإبقاء ورضائه به فيجوز لا محالة.

و لو لم يرض به ولم يقطعه المشتري فللبائع قطعه(٦١). والأحوط ان يكون بعد الاستيذان من الحاكم الشرعي مع الإمكان(٦٢)، وله تركه والمطالبة بأجرة أرضه مدة بقائه(٦٣) ولو أبقاه إلى أن طلعت سنبلته فالأحوط التصالح والتراضي بينهما(٦٤). وكما يجوز بيع الزرع قصيلا يجوز بيعه من أصله لا بعنوان كونه قصيلا واشترط قطعه، بل بعنوان كونه

---

(٦١) لقاعدة السلطنة التي هي من أهم القواعد النظامية المعتبرة بالأدلة الأربعة كما تقدم مكررا.

(٦٢) لأن مورد جريان قاعدة السلطنة التي هي معتبرة بالأدلة الأربعة ما إذا كان موردها خاصا ومحضا للمالك. وأما فيما إذا كان المورد مما يصلح لأن يكون من المشترك بينه وبين غيره ولو ببعض أجزائه بالنسبة إلى الحد المشترك فلا بد من الرجوع إلى الحاكم الشرعي دفعا لاحتمال وقوع الخصومة مهما أمكن وهذا الوجه يصلح للاحتياط ولا يصلح للفتوى، لأنه يجب على البائع ملاحظة عدم تضرر المشتري وعدم الإضرار به.

(٦٣) لأنه من فروع قاعدة السلطنة، مضافا إلى ظهور الإجماع عليه.

(٦٤) لثبوت حق كل منهما في الجملة في البين وعدم ثبوت ترجيح لأحد الحقين على الآخر فلا بد من التصالح لا محالة، لأن الاحتمالات في السنبلة ثلاثة: كونها من توابع أصل البذر لأنه المنشأ والأصل لحدوثها فتكون للبائع، وكونها من توابع القصيل لأنه المادة القريبة لحدوثها فتكون للمشتري.

وكونها تابعة لكل منهما دخل في حدوثها فيكون لكل من البائع والمشتري نفس القصيل وأما لو اشترى القصيل والبذر المدفون في الأرض تبعا للقصيل تكون السنبلة للمشتري لأنها من توابع ملكه بمادته القريبة والبعيدة، هذا بحسب القواعد.

وأما الأخبار الخاصة فمنها قول أبي عبدالله عليه السلام في الصحيح: «في زرع

ملكا للمشتري إن شاء قصله وإن شاء تركه إلى أن يسنبل(٦٥).

(مسألة ٢٤): لا يجوز بيع السنبل قبل ظهوره وانعقاد حبه(٦٦) ويجوز بعد انعقاد حبه سواء كان حبه بارزا كالشعير أو مستترا كالحنطة منفردا أو مع أصوله، قائما أو حصيدا(٦٧)، ولا يجوز بيعه بحب من جنسه بأن تباع سنابل الحنطة بالحنطة وسنابل الشعير بالشعير(٦٨). بل يشمل بيع سنبل

بيع وهو حشيش ثمَّ سنبل، قال عليه السلام: لا بأس إذا قال: ابتاع منك ما يخرج من الزرع فإذا اشتراه وهو حشيش فإن شاء أعفاه وان شاء تربص به»[١]، وهو ظاهر فيما مر من الصورة السادسة. ومنها صحيح زرارة قال عليه السلام: «لا بأس ان تشتري الزرع والقصيل أخضر، ثمَّ تتركه إن شئت حتى يسنبل ثمَّ تحصده، وان شئت ان تعلف دابتك قصيلا فلا بأس به قبل ان يسنبل فأما إذا سنبل فلا تعلفه رأسا رأسا فإنه فساد»[٢]، ومنها قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن خالد: «لا بأس بأن تشتري زرعا اخضر فإن شئت تركته حتى تحصده، وان شئت فبعه حشيشا»[٣] ومنها رواية معلى بن خنيس قال «قلت لأبي عبدالله عليه السلام أشتري الزرع؟ قال عليه السلام: إذا كان قد شبر»[٤]، ولا بد من حمله على مطلق الأولوية والرجحان بقرينة غيره وليس في تلك الاخبار ما يخالف القواعد العامة بعد تأمل مجموعها ورد بعضها إلى بعض والأخذ بالمتحصل من مجموعها.

(٦٥) لما تقدم من الأدلة العامة والخاصة.

(٦٦) للإجماع، ولما تقدم في الثمرة قبل ظهوره وبروزه وقد مر التفصيل فراجع.

(٦٧) للإطلاقات والعمومات والإجماع والأصل وإطلاق بعض ما مر من الأخبار الخاصة.

(٦٨) للنص والإجماع قال أبو عبدالله عليه السلام في رواية عبد الرحمن: «نهى

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الثمار: حديث :٩.

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الثمار: حديث: ٣ و٦ و٤.

رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، قلت: وما هو؟ قال: ان يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة»[١]، وعنه عليه السلام أيضاً: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، فقال: المحاقلة النخل بالتمر والمزابنة بيع السنبل بالحنطة»[٢].

أقول: يمكن أن يكون التفسير من باب صحة إطلاق كل واحدة من المحاقلة والمزابنة على الأخرى للمناسبة بينهما في الجملة، ويمكن أن يكون الإطلاق وهما من الراوي ولا مشاحة في التسمية بعد معلومية الحكم. وعن سماعة عنه عليه السلام: «عن رجل زارع مسلما أو معاهدا فأنفق فيه نفقة، ثمَّ بدا له في بيعه، إله ذلك؟ قال عليه السلام: يشتريه بالورق فإن أصله طعام»[٣].

واستدل أيضاً بالجهالة، والغرور، والرباء، ولزوم اتحاد الثمن والمثمن.

والكل مخدوش: إذ الجهالة والغرر منفيان بالرجوع إلى أهل الخبرة، والرباء لا موضوع له في المقام لأنه انما يتحقق فيما إذا كان العوضان من المكيل أو الموزون، والسنبل في حالة السنبلية ليس منهما، والأخير يكفي فيه المغايرة الاعتبارية، كما إن المتيقن من الإجماع إنما هو فيما إذا كان الحب منه لا من الخارج، ولكن نسب إلى المشهور التعميم وادعى الإجماع عليه ويقتضيه إطلاق النصوص وذكر خصوص الورق في موثق سماعة المتقدم.

والاحتمالات في المحاقلة ثلاثة:

الأول: بيع الزرع بحب من جنسه.

الثاني: بيع السنبل بحب من جنسه.

الثالث: بيع سنبل الحنطة والشعير بحب منهما.

والمتيقن من الإجماع إلى المنع هو الأخير وإطلاق الأدلة اللفظية يشمل الثاني.

والأول لا دليل على منعه إلا موثق سماعة ويمكن دعوى انصرافه إلى

(١) الوسائل باب: ١٣ من أبواب بيع الثمار: ١.
(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب بيع الثمار: ٢.
(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب بيع الثمار: ٤.

أحد الأخيرين في هذا الحكم المخالف للعمومات والإطلاقات.

وأما قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح الحلبي: «لا بأس أيضاً أن يشتري زرعا قد سنبل وبلغ بحنطة»[١]، وصحيح الهاشمي عن الصادق عليه السلام: «عن بيع حصائد الحنطة والشعير وسائر الحصائد، قال عليه السلام: فليبعه بما شاء»[٢]، وما سأل الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «عن رجل اشترى من رجل أرضا جربانا معلومة بمائة كر على أن يعطيه من الأرض، فقال عليه السلام: حرام، فقلت: جعلت فداك فإني اشتري منه الأرض بكيل معلوم وحنطة من غيرها، قال عليه السلام: لا بأس بذلك»[٣]، فأسقطها عن الاعتبار إعراض المشهور عنها بل ان إطلاق صحيح الحلبي مخالف للمجمع عليه وصحيح الهاشمي في الحصائد، ولا إشكال في جوازه ولا ربط له بالمقام، وكذا خبر الوشاء لأنه في بيع الأرض لا في بيع نفس الزرع.

ثمَّ أن المذكور في الأدلة وفتاوى الأجلة لفظ الزرع والسنبل، ولا ريب في شمولهما للحنطة والشعير، بل هما المنصرف منهما عند الإطلاق خصوصا في الأزمنة القديمة، ولم أظفر بلفظ الشعير في الروايات فيما تفحصت عاجلا وإنما المذكور فيها الحنطة، ولكن الزرع والسنبل يشمل الشعير بلا إشكال، فيكون الشعير في المقام كالحنطة كما في الربا على إشكال كما يأتي فيستفاد من مجموع الروايات والكلمات صور أربع:

الأولى: بيع سنبل الحنطة بسنبل الحنطة.

الثانية: بيع سنبل الشعير بسنبل الشعير.

الثالثة: بيع سنبل الحنطة بسنبل الشعير.

الرابعة: عكس ذلك وبناء على عدم الفرق بين جعل الحنطة ثمنا أو مثمنا وكذا الشعير تصير الأقسام ثمانية، والكل باطل لشمول إطلاق الأدلة للجميع.

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب بيع الثمار: ١.

(٢) الوافي ج ١٠ باب: ٧٨ أحكام التجارة وشروط البيع.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

الحنطة بالشعير وسنبل الشعير بالحنطة على الأحوط(٦٩) وكذا إلحاق باقي الحبوب بالحنطة كالأرز والدخن والذرة وغيرها فلا يجوز بيع سنبلها بها على الأحوط(٧٠).

(مسألة ٢٥): لا يجوز بيع الخضر ـ كالخيار والباذنجان والبطيخ ـ قبل ظهورها(٧١) ويجوز بعد انعقادها وتناثر وردها لقطة أو لقطات

---

(٦٩) لما مر من شمول الزرع والسنبل له أيضاً، ولكنه مشكل في الحكم المخالف للإطلاقات والعمومات، مع عدم ذكر له في الروايات وإن استظهر الإلحاق في الجواهر تمسكا بإطلاق لفظ الزرع والسنبل ولكنه مخالف للأصل، مع ان كون الإطلاق واردا في مقام البيان حتى من هذه الجهات مشكل وإن كان مذاق الفقاهة يقتضي الإلحاق.

(٧٠) جمودا على لفظ الزرع والسنبل الشاملين لها أيضاً، لكن لا بأس بالاختلاف هنا فيجوز بيع سنبل الأرز بالدخن مثلا وكذا العكس لما مر من عدم الدليل على إلحاق الشعير بالحنطة في المقام الذي ألحق بها في الربا فضلا عن إلحاق سائر الحبوب الذي لم يلحق بعضها ببعض أصلا لا في الرباء ولا في غيره، وان كان الجمود على لفظي الزرع والسنبل يقتضي الإلحاق ولكنه جمود في جمود.

(٧١) للنص والإجماع، ففي موثق سماعة، قال: «سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال عليه السلام: إذا رأيت الورق في شجرة فاشتر منه ما شئت من خرطة»[1]، ويدل عليه ما مر في النخل، ويشهد له الجهالة والغرور. وأما مثل رواية ابن ميسر قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن بيع النخل سنتين؟ قال عليه السلام: لا بأس به، وعن الرطبة يبيعها هذه الجزة وكذا وكذا جزة بعدها؟ قال عليه السلام: لا بأس به، ثمَّ قال: قد كان أبي يبيع الحناء كذا وكذا

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

معلومة[٧٢]، والمرجع في اللقطة إلى عرف الزراع وشغلهم وعاداتهم[٧٣].

والظاهر أن ما يقطع منها من الباكورة لا تعد لقطة[٧٤].

(مسألة ٢٦): إنما يجوز بيع الخضر ـ كالخيار والبطيخ ـ مع مشاهدة ما يمكن مشاهدته في خلال الأوراق[٧٥]، ولا يضر عدم مشاهدة بعضها المستورة[٧٦]، كما لا يضر عدم تناهي عظمها كلا أو بعضا وعدم تناثر ورد بعضها بل لا يضر انعدام ما عدا الأولى من اللقطات بعد ضمها إلى الأولى[٧٧].

(مسألة ٢٧): إذا كان الخضر مما كان المقصود منه مستورا في الأرض، كالجزر والشلجم والثوم ونحوها فإن أحرز بتعيين أهل الخبرة مقدارها وسائر

خرطة»[١]، فالمنساق منهما عرفا بعد الظهور وعلى فرض الإطلاق لا بد من تقييده بما مر.

(٧٢) للإطلاقات، والعمومات، والإجماع بلا مقيد في البين.

(٧٣) لقاعدة أن كل ما لم يرد فيه تحديد شرعي يرجع فيه إلى العرف وأهل الخبرة به.

(٧٤) لأن المنساق من اللقطة عرفا ما إذا شاع وجود الملقوط لا ما ندر مع أن الشك في الشمول يكفي في عدمه

(٧٥) لأنه بدونها يكون من بيع المجهول وهو غير جائز.

(٧٦) لأنه كالتابع لما شوهد فيعلم من المشهود غير المشهود غالبا.

(٧٧) كل ذلك للسيرة والإطلاق والاتفاق، وما مر في النخل من صحة ضم المعدوم إلى الموجود.

---

(١) الوسائل باب: ١ و٤ من أبواب بيع الثمار: ٣/١١.

خصوصياتها يجوز بيعها مستورا في الأرض(٧٨)، وإلا فيصح الصلح بالنسبة إليها(٧٩)، وكذا في مثل البصل مما يكون ظاهره مقصودا أيضاً(٨٠).

(مسألة ٢٨): يجوز بعد الظهور بيع ما يجز ثمَّ ينمو كالرطبة والكراث والنعناع جزة وجزات معينة، وكذا ما يخرط كورق التوت والحناء خرطة وخرطات(٨١)، والمرجع في الجزة والخرطة هو المتعارف بين أهل خبرة

---

(٧٨) لوجود المقتضى وفقد المانع للبيع حينئذ فتشملها الإطلاقات والعمومات بلا مقيد ومخصص.

(٧٩) لتحمّله من الجهالة ما لا يتحمله غيره من المعاوضات كما يأتي في محله ان شاء الله تعالى.

(٨٠) فيجوز بيع الظاهر منفردا كما يجوز بيعه مع أصله، للسيرة والاتفاق والإطلاق.

(٨١) للأصل، والإطلاق، والسيرة والاتفاق وأخبار خاصة، ففي خبر ابن زيد قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال عليه السلام: لا بأس وأكثرت السؤال عن أشباه هذا، فقال: لا بأس به»(١)، وعن سماعة: «سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال عليه السلام: إذا رأيت الورق في شجرة فاشتر منه ما شئت من خرطة»(٢)، وفي خبر ابن ميسرة(٣)، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرطبة يبيعها هذه الجزة وكذا وكذا جزة بعدها؟ قال عليه السلام: لا بأس به، ثمَّ قال: قد كان أبي يبيع الحناء كذا وكذا خرطة»و بعد كون الحكم مطابقا للقاعدة والعمومات والإطلاقات لا نحتاج إلى الأدلة الخاصة فهي تطابقها لا أن يكون مخالفا لها.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب بيع الثمار: ١.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٤ من أبواب بيع الثمار: ٢ و ٣.

هذه الأمور(٨٢)، ولا يضر انعدام بعض الأوراق بعد وجود مقدار يكفي للخرط وإن لم يبلغ أوان خرطه فيضم الموجود إلى المعدوم كانضمام الثمرة المتجددة في السنة أو في سنة أخرى مع الموجود(٨٣).

(مسألة ٢٩): إذا كان نخل أو شجر أو زرع بين اثنين مثلا بالمناصفة يجوز ان يتقبل أحد الشريكين حصة صاحبه بخرص معلوم، بأن يخرص المجموع بمقدار فيتقبل أن يكون المجموع له ويدفع لصاحبه من الثمرة نصف المجموع بحسب خرصه زاد أو نقص ويرضى به صاحبه(٨٤) ويصح أن تكون معاملة خاصة مستقلة وليس لها صيغة خاصة فتقع بكل

---

(٨٢) لأن الموضوع من العرفيات ولا دخل للشرع فيه فلا بد من الرجوع إلى المتعارف بين أهل الخبرة في هذه الأمور كما تقدم في اللقطة.

(٨٣) لقاعدة صحة انضمام المعدوم مع الموجود في البيع المستفاد من الإطلاقات والعمومات والاعتبارات العرفية المعاملية واخبار خاصة تقدمت في بيع الثمرات من النخل وغيرها.

(٨٤) للنصوص، والإجماع منها صحيح ابن شعيب قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيل مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص، وأما ان آخذه أنا بذلك واردة عليك؟ قال: لا بأس بذلك»[١]، وفي صحيح الحلبي قال: «أخبرني أبو عبدالله عليه السلام إن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوم عليه قيمة وقال لهم: إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر وإما أعطيكم نصف الثمر، فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض»[٢]، و في

---

(١) الوافي باب: ٨٦ من أبواب أحكام التجارة حديث :٥.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار :٣.

لفظ ظاهر في المقصود عرفا(٨٥).

مرسلة محمد بن عيسى قال: «قلت لأبي الحسنعليه السلام إن لنا أكرة فنزارعهم فيجيئون فيقولون: إنا قد حررنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قالعليه السلام: لا بأس بهذا، قلت: انه يجيء بعد ذلك فيقول: ان الحرز لم يجيء كما حرزت وقد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إن زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه»[١] وفي موثق أبي الصباح قال: «سمعت أبا عبداللهعليه السلام يقول: إن النبيصلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة إليهم، فخرص عليهم فجاؤا إلى النبيصلى الله عليه وآله فقالوا: إنه قد زاد علينا فأرسل عبدالله، فقالصلى الله عليه وآله: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشيء، فإن شاءوا يأخذون بما خرصت، وإن شاءوا أخذنا، فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السماوات والأرض»[٢] إلى غير ذلك من الأخبار والإشكال عليها كما عن ابن إدريس بأنها تخالف القواعد، اجتهاد فيمقابل النص المعمول به لدى الأصحاب بل لدى علماء المسلمين، ومقتضى العمومات جريان المعاطاة فيه أيضاً، كما ان مقتضى أصالة اللزوم في كل عقد لزومه أيضاً ويقتضيه ظواهر الأخبار الخاصة الواردة في المقام أيضاً.

(٨٥) لإطلاق هذه الأدلة الخاصة ولا دليل على لزوم حصر المعاملات فيما هو المعهود منها من عقل أو نقل، كما يصح ان يقع بعنوان الصلح أيضاً، بل يصح أن تكون بيعا أيضاً إن قصد ذلك ولكنه توسع فيه من حيث اللفظ ومن جهات أخرى لإطلاق الأدلة ويصلح جريانها بالنسبة إلى غير الشريك وفي غير الثمار بناء على كونه من الصلح.

نعم، بناء على كونها معاملة مستقلة برأسها لا بد من الاقتصار على

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار: ٢.

(مسألة ٣٠): إذا مر بثمرة نخل أو شجر أو زرع مار مجتازا لا قاصدا إليها لأجل الأكل جاز له ان يأكل منها بمقدار شبعه وحاجته من دون ان يحمل منها شيئا ومن دون إفساد للاغصان وإتلاف للثمار[٨٦]. ولا فرق

خصوص مورد النص، ولكن دعوى القطع بعدم الفرق بين الشرك وغيره والثمار وغيرها لا بأس به ولو كانت معاملة مستقلة.

(٨٦) لنصوص مستفيضة بل متواترة منها قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح ابن سنان: «لا بأس بالرجل يمر على الثمرة ويأكل منها ولا يفسد، وقد نهى رسول‌الله صلى الله عليه وآله ان تبنى الحيطان بالمدينة لمكان المارة، قال: وكان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخربت لمكان المارة»[١].

وفي مسائل الصرمي قال: «سألته عن رجل دخل بستانا أ يأكل من الثمرة من غير علم صاحب البستان؟ قال عليه السلام: نعم»[٢].

وفي التوقيع الرفيع: «و أما ما سألته من أمر الثمار من أموالنا يمر به المار فيتناول منه ويأكله هل يحل له ذلك؟ كتب عليه السلام: إنه يحل له أكله ويحرم عليه حمله»[٣].

وعن الصادق عليه السلام في موثق ابن أبي عمير، قال: «سألته عن الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمر فيجوز له ان يأكل منها من غير أذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة؟ قال عليه السلام لا بأس»[٤].

وعن ابن مروان قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أمر بالثمرة فأكل منها، قال عليه السلام: كل ولا تحمل، قلت: جعلت فداك إن التجار اشتروها ونقدوا أموالهم،

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب بيع الثمار: ١٢ و ١١.
(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب بيع الثمار: حديث :٩.
(٤) الوسائل باب: ٨ من أبواب بيع الثمار: حديث :٣.

قال عليه السلام: اشتروا ما ليس لهم»(١).

وعن الصادق عليه السلام قال: «قال النبي صلى الله عليه وآله فيمن سرق الثمار في كمه فما أكل منه فلا أثم عليه وما حمل فيعزر ويغرم قيمته مرتين»(٢).

وفي صحيح ابن جعفر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن رجل يمر على ثمرة فيأكل منها؟ قال: نعم قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله ان تستر الحيطان برفع بنائها»(٣)، الى غير ذلك من الأخبار.

وأما صحيح ابن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر، أ يحل له أن يتناول منه شيئا ويأكل بغير إذن صاحبه؟ و كيف حاله إن نهاه صاحبه، أو أمره القيم فليس له؟ و كم الحد الذي يسعه ان يتناول منه؟ قال عليه السلام: لا يحل له أن يأخذ منه شيئا»(٤)،

ومرسل ابن عبيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: رجل يمر على قراح الزرع ويأخذ منه السنبلة، قال عليه السلام: لا. قلت: أي شيء سنبلة؟ قال عليه السلام: لو كان كل من يمر به يأخذ سنبلة كان لا يبقى شيء»(٥)، فلا بد من حملهما على الأخذ أو الإفساد أو الكراهة فلا تنافي الروايات الصريحة في جواز الأكل.

ثمَّ انه لا بد من تأسيس الأصل حتى يرجع في موارد الشك إليه ومقتضاه: عدم جواز التصرف مطلقا بالأدلة الأربعة إلا مع إذن من المالك الحقيقي وهو الشارع أو المالك الظاهري، ويدور جواز التصرف حينئذ مقدار الإذن كما وكيفا وفي موارد الشك فيهما لا يجوز التصرف أيضاً إلا مع وجود إطلاق وارد في مقام البيان من كل جهة فيتمسك به للجواز في موارد الشك كما أو كيفا أو هما معا، وأخبار المقام يحتمل أن تكون في مقام الإذن من المالك الحقيقي وإن لم يرض المالك الظاهري، وهو بعيد عن سياقها، ويحتمل أن تكون في مقام

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل باب: ٨ من أبواب بيع الثمار: ٤ و١ و٢ و٧ و٦.

بين ما كان على الشجر أو متساقطا عنه(٨٧)، ويلحق الخضراوات بالثمار أيضاً في هذا الحكم(٨٨) والأحوط الاقتصار على ما إذا لم يعلم كراهة المالك في الجميع(٨٩) ولا فرق في ذلك كله بين الثمار المعهودة في تلك

تغريب الملاك وتحريضهم على ان يأذنوا لمن يمر في ذلك، ويزيلوا المانع عنه لأن يتناول من اثمارهم لمصالح تترتب على ذلك. والمنساق منها هو الأخير، ويشهد له نهي النبيﷺ من أن تبنى الحيطان لمكان المارة ـ كما تقدم ـ ليكون ذلك شاهدا على رضائهم بذلك وعلى هذا لا بد وان يقتصر على المتيقن من الأدلة وهو فيما اجتمعت هذه الشروط فيه:

الأول: كون المرور اتفاقيا لا أن يكون من قصده ذلك لأن يتناول منها شيئا.

الثاني: عدم الإفساد في الثمار والأغصان والجدران وفي سائر الجهات.

الثالث: ان لا يأخذ معه شيئا.

الرابع: بلوغ الثمار أوان اعتياد أكله فلا يجوز الأكل في غيرها.

(٨٧) لشمول الإطلاق لكل منهما وإن كان المتيقن هو الأول.

(٨٨) لإطلاق بعض الأخبار، ونقل الإجماع أيضاً.

(٨٩) لأنه المتيقن من الأدلة بعد عدم استفادة الإذن المطلق الشرعي منها حتى مع عدم رضاء المالك، ولذا اختار بعض الفقهاء عدم الجواز مطلقا، وتردد فيه آخر إلا مع إحراز الرضاء لتطابق الأدلة الأربعة على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا برضاه، لما مر من صحيح ابن يقطين، ومرسل ابن عبيد، وخبر مسعدة بن زياد، عن الصادقعليه السلام: «انه سئل عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هو لهم حلال؟ فقالعليه السلام: لا يأكل أحد إلا من ضرورة، ولا يفسد إذا كان عليها فناء محاط، ومن أجل الضرورة نهى رسول اللهﷺ ان يبنى على

الأزمنة القديمة وبين المستحدثة بعدها(٩٠).

حدائق النخل، والثمار بناء لكي يأكل منهما كل أحد»[١].

ولكن لا وجه لطرح الأخبار الكثيرة التي عمل بها من لا يعمل إلا بالقطعيات لأجل هذه الاخبار بعد إمكان حملها على المرجوحية كما هو الجمع الشائع في الفقه في نظائر المقام.

وقد استدلوا على المنع بأمور أخرى ظاهرة الخدشة ومن شاء العثور عليها فليراجع المطولات، مع ان جميعها من الاجتهاد في مقابل النص.

(٩٠) لظهور الإطلاق الشامل للجميع قديمها وحديثها.

والحمد لله رب العالمين.

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب بيع الثمار حديث: ١٠.

فصل في بيع الحيوان

الناطق منه والصامت.

(مسألة ١): يجوز استرقاق الحربي أي: الكافر الأصلي[١]، إذا لم يكن معتصما بعهد أو ذمام[٢] سواء كان في دار الحرب أو في دار

فصل في بيع الحيوان

(١) للنص، والإجماع ففي صحيح رفاعة عن أبي الحسن الأولعليه السلام: «إن الروم يغزون على الصقالبة والروم فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثمَّ يبعثون بهم الى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائهم ونحن نعلم انهم قد سرقوا، وانما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقالعليه السلام: لا بأس بشرائهم إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار السلام»[١] وعنه «عليه السلام أيضاً في موثق ابن عبد الحميد: «في شراء الروميات، فقالعليه السلام: اشترهن وبعهن»[٢].

(٢) لحرمتهم حينئذ بالعهد والذمام كما تقدم في كتاب الجهاد، وفي خبر زكريا بن آدم: «سألته عن أهل الذمة أصابهم جوع فأتاه رجل بولده، فقال: هذا لك أطعمه وهو لك عبد؟ فقالعليه السلام: لا تبتع حرا فإنه لا يصلح لك ولا من أهل الذمة»[٣].

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الحيوان: ١ و٢.

(٣) و (٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب بيع الحيوان حديث: ١ و٢.

الإسلام، وسواء كان بالسرقة أو الغيلة أو القهر والاغتنام[٣]، بل لو قهر الحربي حربيا آخر فباعه صح البيع وإن كان أخاه أو زوجته[٤]، بل لو باع الحربي من ينعتق عليه كبنته وابنه وأبيه واشتراه المسلم يملكه بعد الشراء وإن لم يكن شراء حقيقيا، بل كان استنقاذا فيثبت الملك للمشتري بالاستيلاء والتسلط عليه[٥]. ويشكل كونه من الشراء الحقيقي[٦].

(مسألة ٢): إذا استرق المسلم حربيا يسري في أعقابه وذراريه[٧] ما لم

---

(٣) لإطلاق الأدلة الشامل لجميع ذلك بل ذكر السرقة فيما مر من صحيح رفاعة.

(٤) لأن المنساق من الأدلة ان الحربي كالمباحات الأولية يملكه كل من أستولى عليه، مضافا إلى خبر اللحام، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟ قال عليه السلام: لا بأس»[١].

(٥) لما مر من ان الحربي كالمباحات الأولية يملكه كل من استولى عليه بأي نحو وسبب كان الاستيلاء.

(٦) لما يأتي من الأدلة الدالة على عدم صحة كون الرجل مالكا لعموديه والشراء الحقيقي يتوقف على كون البائع مالكا للمبيع، ولا دليل على تخصيص تلك الأدلة بخصوص المقام إلا خبر اللحام عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها، قال عليه السلام: لا بأس»[٢]، وحمل الاشتراء على التسبب للتسلط على البنت واستنقاذها، عن سلطة والدها من أقرب طرق الجمع بين الأدلة كما لا يخفى.

(٧) لأنها نماء الملك فتتبعه في الملكية كما في سائر الأملاك التي يتبعها نمائها لقاعدة تبعية النماء للملك.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب بيع الحيوان حديث: ٢.

تعرض الأسباب المحررة[٨] وان كان قد أسلم الرق[٩]، وأما المرتد ـ مليا كان أو فطريا ـ فلا يصح استرقاقه[١٠].

(مسألة ٣): يملك الرجل كل أحد عدا أحد عشر: الأب والأم والأجداد والجدات وإن علوا والأولاد وأولادهم ذكورا وإناثا وإن سفلوا والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن[١١] نسبا

---

(٨) لحصول التحرر حينئذ فتنفى التبعية قهرا.

(٩) لعدم المنافاة بين الإسلام والرقية إذا كان المولى مسلما.

(١٠) لأصالة عدم ولاية لأحد على ذلك إلا بدليل خاص وهو مفقود بالنسبة إلى غير الحربي.

(١١) للنص والإجماع قال أبو عبدالله عليه السلام في صحيح عبيد بن زرارة: «إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته وذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعا، ويملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال ولا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته إذا ملكن عتقن» وقال: «ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع»، وقال: «يملك الذكور ما خلا والدا أو ولد، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم، يجري في الرضاع مثل ذلك»[١]، وقال عليه السلام أيضاً في خبر أبي عيينة: «إذا ملك الرجل أبويه فهما حران»[٢]، والأبوان يشمل الأجداد والجدات وإن علو إجماعا، كما إن الولد يشمل ولد الولد وإن سفلوا ذكورا وإناثا، وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر الأول عليه السلام: «إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو خالته، أو عمته عتقوا»[٣]، وقال عليه السلام أيضاً في صحيح ابن مسلم: «لا يملك الرجل والديه ولا ولده»[٤]، إلى غير ذلك من الأخبار.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب بيع الحيوان حديث: ١ و ٤.

(٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب العتق: ١.

(٤) الوسائل باب: ٧ من أبواب العتق: ٢.

و رضاعا(١٢)

---

(١٢) لجملة من النصوص منها ما تقدم من قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح عبيد بن زرارة، وفي صحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: «في امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال عليه السلام: تعتقه»[١] وفي صحيح عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام: «سألته عن المرأة ترضع عبدها أ تتخذه عبدا؟ قال عليه السلام: تعتقه وهي كارهة»[٢]، وفي صحيح ابن سنان قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاما لها من مملوكة حتى تفطمه يحل لها بيعه؟ قال: لا حرّم عليها ثمنه أ ليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أ ليس قد صار ابنها»[٣].

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة.

وذكر الأم في هذه الأخبار من باب المثال لكل رحم رضاعي للقول بعدم الفصل، وتعليل الصادق عليه السلام بقول رسول الله صلى الله عليه وآله الظاهر في إن المناط كله حصول علقة الرضاع، كما أن المراد بقوله عليه السلام: «تعتقه» حصول العتق قهرا بقرينة سائر الأخبار وظهور الإجماع.

وهذه النصوص معتبرة سندا ودلالة وجهة وعمل بها الأصحاب، فلا بد من حمل غيرها أو طرحها كصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في بيع الام من الرضاعة، قال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا احتاج»[٤]، وموثق ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا اشترى الرجل أباه وأخاه فملكه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع»[٥]، وخبر أبي عيينة عن أبي عبدالله عليه السلام: «قلت له: غلام بيني وبينه رضاع يحل لي بيعه، قال عليه السلام: إنما هو مملوك إن شئت بعته وان شئت أمسكته ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران»[٦]، إلى غير ذلك من الأخبار. وفيها

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب العتق: ١ و ٢.

(٤) الوافي باب: ٨١ من أبواب العتق والانعتاق ج: ٦ صفحة :٩٣.

(٥) و (٦) الوافي باب: ٨١ من أبواب العتق والانعتاق ج: ٦ صفحة :٩٣.

و يملك ما عدا هؤلاء من الأقارب حتى الأخ(١٣).

نعم، يكره بالنسبة إلى الأخ(١٤)، بل يكره أن يملك العم والخال وأولادهم أيضاً(١٥).

مضافا إلى مخالفة هذه الاخبار للمشهور بيننا وموافقتها للمعروف بين غيرنا انه يمكن حمل الرضاع في هذه الاخبار على الرضاع غير الجامع للشرائط عندنا، مع ان خبر أبي عيينة في الأخ من الرضاع وقد مر جواز تملكه عندنا فلا وجه للمعارضة بينها وبين ما مر من الاخبار المعللة بقول النبي صلى الله عليه وآله وجعل الامام عليه السلام ذلك من المسلمات.

(١٣) للإطلاقات والعمومات من غير مخصص ومقيد في البين مضافا إلى نصوص خاصة منها صحيح عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا يملك والده ولا والدته ولا أخته ولا ابنة أخيه ولا عمته ولا خالته، ويملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته ولا يملك أمه من الرضاعة»[١].

(١٤) أما أصل جواز التملك، فلما مر من الإطلاقات والعمومات وصحيح عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: «و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته»و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يملك الرجل والده ولا والدته ولا عمه ولا خالته، ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال»[٢]، وقريب منه غيره.

وأما الكراهة فلقول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح عبيد بن زرارة: «لا يملك الرجل أخاه من النسب ويملك ابن أخيه، ويملك أخاه من الرضاعة»[٣]، المحمول على الكراهة جمعا.

(١٥) نسب كراهة التملك فيها إلى المشهور، وأستدل لها

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب العتق حديث: ٤ و ٢.

(٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب العتق حديث :٦.

وتملك المرأة كل أحد[١٦] عدا الإباء وان علوا والأولاد وإن نزلوا[١٧] نسبا ورضاعا[١٨]، والمراد بعدم ملك هؤلاء عدم استقراره، فلو ملك الرجل والمرأة أحد هؤلاء بناقل اختياري كالشراء أو قهري كالإرث انعتق عليهما في الحال[١٩].

تارة: بعدم القول بالفصل بينهم وبين الأخ في الكراهة.

وأخرى: بأن التملك ينافي صلة الأرحام ومراعاة الاحترام، ولا بأس بها لأن الكراهة يتسامح فيها بما لا يتسامح في غيرها. وثالثة بموثق سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل يملك ذا رحمه، هل يصلح له ان يبيعه أو يستعبده؟ قال عليه السلام: لا يصلح له بيعه ولا يتخذه عبدا وهو مولاه وأخوه في الدين، وأيهما مات ورثه صاحبه إلا أن يكون له وارث أقرب منه إليه»[١].

(١٦) للأصل، والعموم، والإطلاق والاتفاق.

(١٧) للنص، والاجماع ففي خبر أبي حمزة الثمالي، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ فقال عليه السلام: كل أحد إلا خمسة: أبوها وأمها وابنها وابنتها وزوجها»[٢]، والتعميم في الإباء بالنسبة إلى العلو وفي الأولاد بالنسبة إلى النزول للصدق مضافا إلى الإجماع، كما أن عدم ملكيتها لزوجها انما هو مع بقاء الزوجية وإلا فتملكه وتبطل الزوجية كما يأتي.

(١٨) تقدم في عدم ملك الرجل لا قاربه دليل التعميم فلا وجه للتكرار.

(١٩) لأن في المقام اجتمعت أمور ثلاثة بحسب الأدلة العامة:

الأول: ترتب الملكية على أسبابها الخاصة اختيارية كانت أو قهرية فلا بد وان يصير المملوك ملكا للمنتقل إليه.

الثاني: أدلة المقام الظاهرة في الانعتاق قهرا وعدم حصول الملكية.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب بيع الحيوان حديث :٦.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب العتق :١.

الثالث: ما رواه الفريقان عنهﷺ من قولﷺ: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك»[١]، ومن طرقنا قولهعليه السلام في خبر ابن مسكان: «من أعتق ما لا يملك فلا يجوز»[٢]، وقريب منهما اخبار آخر، فاختلف آراء الفقهاء «قدست أسرارهم» في الجمع بين هذه الأمور الثلاثة فمن قائل بفرض حصول الملكية لأنها من الأمور الاعتبارية وهي خفيفة المؤنة، فتترتب الملكية الفرضية في المقام على أسبابها الاختيارية أو القهرية فلا يبقى موضوع لقولهﷺ: «لا عتق قبل ملك» لأن المراد بهذه الملكية أعم من الحقيقية والفرضية، والمراد بالفرض هنا حصول مصحح الملكية وهو الشراء في الملكية الاختيارية والموت في الملكية القهرية فيجمع بذلك بين جميع الأدلة ولا بأس به لأنه فرض حسن ثبوتا وإثباتا ولا امتناع فيه لا عرفا ولا شرعا ولا عقلا.

ومن قائل بأن أدلة المقام إنما تدل على عدم حصول الملكية المستقرة، وأما عدم حصول الملكية ولو آنا ما مقدمة لحصول الانعتاق جامعا للشرائط فلا محذور فيه، ويشهد له ظاهر بعض النصوص كقولهعليه السلام في صحيح ابن مسلم: «إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو خالته أو عمته عتقوا»[٣]، فإنه ظاهر في أصل حصول طبيعة الملكية ثمَّ الانعتاق في الجملة.

وأشكل عليه بأنه مع عدم جواز الملكية شرعا لا فرق بين المدة القصيرة والطويلة.

وفيه: ان المدعى عدم شمول الأدلة المانعة وانصرافها عن مثل هذه الملكية المقدمية المحضة التي لا يترتب عليها أثر إلا الانعتاق.

ومن قائل: بأن ترتب المعلول على العلة ليس زمانيا بل رتبي كما ثبت في محله فبمجرد حصول سبب الملكية تحصل الملكية رتبة لا زمانا وبمجرد

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب العتق حديث ١، ٤ وراجع سنن ابن ماجه ج: ١ باب: ١٧ من كتاب الطلاق حديث: ٢٠٤٨.

(٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب العتق :١.

ويملك كل من الزوجين صاحبه ولو بعضا[٢٠] لكن يبطل النكاح مطلقا[٢١].

حصول الملكية يحصل الانعتاق بلا تخلل الزمان بين المعلولين المترتبين على العلة الموجدة لهما، ويمكن إرجاع القول الثاني إلى هذا القول ان قصرت عباراته عن ذلك.

(٢٠) للعموم، والإطلاق. والاتفاق. وأما ما تقدم من خبر الثمالي[١]، الدال على عدم ملكية الزوجة لزوجها لا بد من حمله على عدم الملكية من حيث النكاح وإلا يكون مخالفا للإجماع.

أما جريان الحكم في ملك البعض فلظهور الاتفاق، مضافا إلى التصريح به في بعض النصوص[٢].

(٢١) للنصوص والإجماع منها موثق ابن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال عليه السلام: ليس بينهما نكاح»[٣]، ومنها خبر سعيد بن يسار قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال عليه السلام: نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء»[٤]، إلى غير ذلك من الاخبار التي يأتي بعضها في كتاب النكاح ان شاء الله تعالى وهذه الأخبار وان اختصت بملك الزوجة لزوجها ولكنه لا قائل بالفصل بينهما في ذلك، مع ان التفصيل في سبب النكاح قاطع للشركة ولعل اقتصار الروايات على كون الزوجة مالكة والزوج مملوكا لأن بذلك يحرم الوطي مضافا إلى بطلان أصل النكاح بخلاف العكس فإن الوطي حلال بسبب الملك وإن بطل النكاح هذا مضافا إلى استقباح وطي المملوك لمالكه عرفا أيضاً بخلاف العكس وانه لا فرق بين الدائم والمنقطع، لاتحاد المدرك وظهور

---

(١) تقدم في صفحة: ٩٤.

(٢) الوسائل باب: ٤٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) و (٤) الوسائل باب: ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء: ٢ و ٤.

(مسألة ٤): الكافر لا يملك المسلم ابتداء ولو كان له مملوك كافر فأسلم المملوك أجبر على بيعه من مسلم ولمولاه ثمنه(٢٢).

(مسألة ٥): كل من أقر على نفسه بالعبودية حكم عليه بها مع وجود شرائط صحة الإقرار من البلوغ والعقل والاختيار(٢٣). إن لم يكن مشهورا بالحرية(٢٤)

الاتفاق.

ولو ملك ثمَّ زال الملك لفسخ أو نحوه لم يعد النكاح للأصل، وولد الشبهة في حكم الصحيح لأنه ولد شرعي بخلاف ولد الزنا لانتفائه شرعا وان كان الأحوط الإلحاق والإعتاق اختيارا، لاحتمال ان يكون الحكم مترتبا على الولدية التكوينية دون الشرعية.

يجري حكم الرجل والمرأة على الصبي والصبية أيضاً، لأن الظاهر ان الحكم من الوضعيات الغير المختصة بالكاملين، ويشهد له بعض نصوص أم الولد من انعتاقها من نصيب ولدها[١].

(٢٢) لما تقدم في مسألة ٥٥ من شرائط المتعاقدين.

(٢٣) لقول علي عليه السلام في موثق ابن سنان: «الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة، ومن شهد عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا»[٢]، وقريب منه غيره، والظاهر انه من القواعد النظامية المعتبرة عند جميع العقلاء، وفي جميع الشرائط كقاعدة إقرار العقلاء على أنفسهم جائز

(٢٤) لأن الاشتهار أقوى من الإقرار فلا وجه لقبوله مع وجود قرينة أقوى على الخلاف مضافا إلى أصالة الحرية في الإنسان التي هي من الأصول العقلائية، ويدل عليها ما مر من قول علي عليه السلام: «الناس كلهم أحرار».

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب العتق.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب العتق: ١.

ولا فرق بين كون المقر له مسلما أو كافرا(٢٥)، ولا يلتفت إلى رجوعه عن إقراره(٢٦).

(مسألة ٦): لو اشترى عبدا فادعى الحرية لا يقبل قوله إلا بالبينة(٢٧).

(مسألة ٧): إذا أراد مالك الجارية ان يبيعها وقد وطئها يجب عليه ان يستبرئها قبل بيعها(٢٨) بحيضة إن كانت تحيض، وبخمسة وأربعين يوما إن كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض بأن كان بيعها بعد انقضاء هذه

---

(٢٥) لإطلاق دليل الاعتبار مما مر من قول علي عليه السلام، وقاعدة اعتبار الإقرار.

(٢٦) لأن إقراره السابق وقع عن أهله وفي محله فيكون الرجوع لغوا لا محالة. نعم، لو ذكر قرائن معتبرة ان إقراره السابق كان باطلا وصدقه الحاكم الشرعي تجري بالنسبة إليه أصالة الحرية حينئذ.

(٢٧) أما جواز ابتياعه مع الشك في حريته فلظاهر يد البائع وفعله، إذ اليد أمارة الملكية والفعل محمول على الصحة.

وأما قبول الدعوى مع البينة فلإطلاق أدلة سماع الدعوى مع البينة وهي حاكمة على قاعدتي اليد والصحة، مضافا إلى خبر ابن حمران قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ادخل السوق وأريد اشتري جارية، فتقول: إني حرة، فقال: اشترها إلا أن يكون لها بينة»(١)، ومثله غيره.

(٢٨) للنصوص والإجماع ففي صحيح حفص عن الصادق عليه السلام: «في رجل يبيع الأمة من رجل، قال عليه السلام: عليه ان يستبرئ من قبل أن يبيع»(٢)، ولا بد من تقييده بما إذا وطئها بقرينة غيره.

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب بيع الحيوان: ٢.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الحيوان: ٢ و ٦.

المدة من زمن وطئها(٢٩). وإن لم يستبرئها البائع وباعها صح البيع(٣٠)،

---

(٢٩) للنصوص، والإجماع منها قول علي عليه السلام: «تستبرئ الأمة إذا اشتريت بحيضة وإن كانت لا تحيض فبخمسة وأربعين يوما»[١].

وأما صحيح ابن سنان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية ولم تحض؟ قال عليه السلام: يعتزلها شهرا إن كانت قد مست»[٢]، فإما محمول على الغالب من حصول الحيضة في الشهر أو على الندب فيما إذا أخبر البائع بالاستبراء.

وكذا صحيح ابن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها أ يصلح بيعها من الغد؟ قال عليه السلام: لا بأس»[٣]، فمحمول على ما إذا وثق البائع إن المشتري يستبرئها مع ان الاستبراء ليس شرطا لصحة البيع كما يأتي.

وأما ما دل على ان الاستبراء حيضتان كصحيح سعد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «ادنى ما يجزي من الاستبراء للمشتري والبائع؟ قال عليه السلام: أهل المدينة يقولون حيضة وكان جعفر عليه السلام يقول حيضتان»[٤]، فلا بد من حمله على الندب أو طرحه.

(٣٠) لعدم موضوعية خاصة في الاستبراء من حيث هو، وإنما هو طريق محض، لاستظهار عدم الحمل فيصح البيع، أو وجوده فيبطل لظهور كون الحمل من البائع، ولانكشاف انه كان من بيع أم الولد وحينئذ فمقتضى الأصل والعمومات والإطلاقات صحة أصل البيع ما لم ينكشف الخلاف فيترتب آثار صحة البيع ظاهرا من خروج المبيع عن ملك البائع ووجوب التسليم من حين

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الحيوان: ٢.
(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الحيوان: ٤.
(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الحيوان: ٧.
(٤) الوسائل باب: ١٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

والمراد بالاستبراء عدم وطئها إلا بعد حيضة أو انقضاء خمسة وأربعين يوما(٣١)، بل لو لم يعلم ان البائع قد وطأها أو أستبرئها بعد وطئها يجب عليه استبراؤها(٣٢).

نعم، لو علم أو أخبره ثقة انه قد أستبرئها البائع ولم يطأها لم يجب عليه الاستبراء، كما انه لا يجب لا على البائع ولا على المشتري لو كان البائع امرأة أو كانت الجارية صغيرة أو يائسة(٣٣).

البيع ما لم يثبت الخلاف كما في سائر الموارد التي يجب الفحص فيها لجهة من الجهات من العبادات والمعاملات، وحيث ان البائع ملتزم بحسب الالتزامات المعاملية إخراج المبيع عن معرضية البطلان يجب عليه الاستبراء من هذه الجهة أولا، وإلا فيجري استبراء المشتري أيضاً كما نطقت به الروايات لأنه يجري ظهور عدم الحمل سواء كان من البائع أو من المشتري بالاختيار أو بغيره أو بالآلات الحديثة أو بقول الثقات من أهل الخبرة، هذا مع ان النهي عن البيع قبل الاستبراء تعلق بأمر خارج عن العوضين فلا وجه للبطلان كما ثبت في محله.

(٣١) للنص كما تقدم، والإجماع على أن المراد بالاستبراء في المقام ترك الوطي.

(٣٢) لإطلاق الأدلة الشامل لهذه الصورة أيضاً، كقول أبي عبدالله عليه السلام في خبر ابن سنان: «إن الذين يشترون الإماء ثمَّ يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم»[١]، فإن المنساق منه إحراز تحقق الاستبراء خارجا إما من البائع أو المشتري، وهو الذي يقتضيه كثرة اهتمام الشارع بعدم اختلاط المياه وطهارة الولد عن التردد والارتياب.

(٣٣) أما الأول فلاعتبار العلم ولا وجه للاستبراء بعد قيام طريق معتبر

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الحيوان: ٥.

عليه.

وكذا الثاني لأن الخبر الموثق به من الحجج العقلائية قرره الشارع ففي خبر البختري عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول: إني لم أطأها، فقال عليه السلام: إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها»[١]، وعنه عليه السلام أيضاً في خبر أبي بصير: «ان ائتمنته فمسها»[٢]، وفي خبر ابن سنان عنه عليه السلام أيضاً: «إن كان عندك أمينا فمسها»[٣]، وفي خبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً: «إن كان عدلا أمينا فمسها، وقال عليه السلام: إن ذا الأمر شديد»[٤]، ولكنه محمول بالنسبة إلى اعتبار العدالة على مجرد الوثاقة والامانة جمعا بينه وبين غيره الذي يظهر منه صحة الاكتفاء بمجرد الوثاقة والامانة.

كما أن ما يظهر منه لزوم الاستبراء حتى مع إخبار البائع به[٥]، لا بد من حمله إما على عدم أمانة البائع وثقته أو على الندب فلا وجه للمعارضة.

ثمَّ انه لا فرق بين كون الأخبار موافقا للأصل كعدم الاستبراء أو مخالفا له كالاستبراء، كما لا فرق بين كونه من البائع أو من غيره وذلك كله للإطلاق الشامل لجميع ذلك.

أما الثالث: فللإجماع، ونصوص مستفيضة منها صحيح رفاعة، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها؟ قال عليه السلام: لا بأس ان يطأها من غير أن يستبرأها»[٦]، وفي صحيح زرارة قال: «اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني إنه لم يطأها أحد فوقعت عليها ولم أستبرئها فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام، فقال عليه السلام: هو ذا أنا قد فعلت ذلك وما أريد أن أعود»[٧]، ويجوز هنا إعمال حيلة شرعية لإسقاط الاستبراء بأن يشتري الأمة من الرجل ثمَّ يبيعها من

(١) و (٢) و (٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب نكاح العبيد: ١ و٤ و٢.
(٤) الوافي باب: ٢٠٣ من أبواب عدد النساء ج: ١٢ صفحة: ١٩٢.
(٥) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الحيوان: ٥.
(٦) و (٧) الوسائل باب: ٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(مسألة ٨): لا يختص وجوب الاستبراء بالبيع والشراء، بل كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء إذا لم يستبرء قبل ذلك حتى لو ملكها بالإرث أو الاسترقاق، وكذا لا يختص بالبائع، بل يعم كل ناقل لها بمثل الصلح والهبة وغيرهما فيجب عليه الاستبراء بالشروط المتقدمة قبل إيجاد السبب المملك(٣٤).

(مسألة ٩): إذا باع جارية حبلى لم يجب على البائع استبرائها(٣٥).

نعم، يجب على كل من انتقلت إليه الجارية الحبلى بأي وجه من

امرأة ثمَّ يشتريها منها ولكن الأولى تركها.

وأما الأخيران: فللإجماع، والنص لقول أبي عبدالله عليه السلام: «الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك، أو قد يئست من الحيض، فقال عليه السلام: لا بأس بأن لا يستبرأها»[1]، وما يظهر من بعض الأخبار خلاف ذلك[2]، لا بد من حمله على الندب أو بعض المحامل.

(٣٤) لأن المناط كله تصفية الرحم وإخراج النطفة عن الارتياب، مضافا إلى ظهور إجماع الأصحاب على التعميم، وإن ذكر البيع في الأدلة من باب المثال والغالب لا التقييد، وقال أبو عبدالله عليه السلام في خبر ابن صالح: «نادى منادي رسول الله صلّى الله عليه وآله في الناس يوم أو طاس ان استبرؤا سباياكم بحيضة»[3]، ولا قول بالفصل عندنا بين السبي وغيره من الأسباب المملكة.

(٣٥) لاشتغال الرحم بالحمل فلا تردد في النطفة والحمل حتى يكشف الحال بالاستبراء.

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الحيوان: ١.
(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب نكاح العبيد: ٣.
(٣) الوسائل باب: ١٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

التملك ترك وطئها قبل ان ينقضي لحملها أربعة أشهر وعشرة أيام(٣٦)، ويكره بعد ذلك(٣٧) فإن وطئها وقد استبان حملها عزل استحبابا فإن لم يعزل فالأحوط وجوبا عدم جواز بيع الولد بل يجب عتقه وجعل شيء له من ماله يعيش به(٣٨).

---

(٣٦) لصحيح رفاعة عن أبي الحسن عليه السلام في الجارية المشتراة: «قلت فإن كانت حبلى فمالي منها إن أردت؟ قال عليه السلام: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج، قلت: ان المغيرة وأصحابه يقولون: لا ينبغي للرجل أن ينكح امرأته وهي حامل قد استبان حملها حتى تضع فيغذو ولده، قال عليه السلام: هذا من أفعال اليهود»[١].

(٣٧) لنصوص مطلقة المحمولة على الكراهة جمعا، منها: خبر ابن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: قال: «في الوليدة يشتريها الرجل وهي حبلى، قال عليه السلام: لا يقربها حتى تضع ولدها»[٢]، ويمكن ان يحمل على التقية من المغيرية بل لو لا استقرار الشهرة على الحرمة في أربعة أشهر وعشرة أيام لأمكن استفادة الكراهة منها أيضاً لقرائن مذكورة في المطولات فراجع، فإن الكلمات مختلفة في المسألة غاية الاختلاف حتى من فقيه واحد في موارد مختلفة.

ثمَّ ان المتيقن من حرمة وطي الحامل في أربعة أشهر وعشرة أيام انما هو في القبل فقط دون غيره، لقاعدة السلطنة، وأصالة الإباحة وقصور الأدلة عن إثبات حرمة غيره.

(٣٨) لموثق إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملا قد استبان حملها فوطئها؟ قال عليه السلام: بئس ما صنع، فقلت:

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب نكاح العبيد :٣.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب بيع الحيوان :٢.

(مسألة ١٠): لو كانت الأمة حائضا حين نقلها الى الغير يجوز له وطيها إلا زمان حيضها بلا استبراء لها حينئذ [٣٩].

(مسألة ١١): المحرّم في زمان الاستبراء انما هو الوطي فقط وأما سائر الاستمتاعات فلا يحرم [٤٠].

ما تقول فيها؟ قال: عزل عنها أم لا؟ قلت: أجنبي في الوجهين، قال: إن كان عزل فليتق الله ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا يورثه، ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه قد غذاه بنطفته»[١]، وعن ابن زهرة دعوى الإجماع عليه. ومن جمع منهم المحقق في الشرائع كراهة الوطي واستحباب العزل وكراهة بيع الولد واستحباب ان يجعل له شيئا من ماله لظهور التعليل فيها، وإجماع ابن زهرة مخدوش بوجود الخلاف واستناده إلى هذه الموثقة.

(٣٩) لصحيح الحلبي قال: «سألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض؟ قال عليه السلام: إذا طهرت فليمسها إن شاء»[٢]، والظاهر أن هذه الحرمة لأجل الحيض لا لأجل الاستبراء، فلا استبراء للحائض.

(٤٠) للأصل، وقاعدة السلطنة، ونصوص خاصة، ففي صحيح ابن بزيع عن أبي الحسن عليه السلام: «يحل للمشتري ملامستها؟ قال عليه السلام: نعم، ولا يقرب فرجها»[٣]، وفي موثق ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «ليس جائزا أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة ولكن يجوز ذلك ما دون الفرج»[٤]، وفي موثق ابن محمد قال: «دخلت على أبي عبدالله عليه السلام بمنى فأردت أن أسأله عن مسألة فجعلت

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب نكاح العبيد: ١.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب نكاح العبيد: ١.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب نكاح العبيد: ٥.

(٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب بيع الحيوان: ٤.

(مسألة ١٢): يكره التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم قبل استغنائهم عن أمهاتهم(٤١).

(مسألة ١٣): العبد يملك، فلو ملّكه مولاه شيئا ملكه، وكذا ما حاز لنفسه من المباحات بإذن مولاه أو اشترى في الذمة بإذنه، ولكن ليس ملكه

إهابه قال عليه السلام: يا عبدالله سل، قلت: جعلت فداك اشتريت جارية، ثمَّ سكت هيبة له، فقال عليه السلام: أظنك أنك أردت أن تصيب منها فلم تدر كيف تأتي لذلك؟ قلت: أجل جعلت فداك، قال عليه السلام: وأظنك أردت أن تفخذ لها فاستحييت أن تسأل عنه؟ قلت: لقد منعتني من ذلك هيبتك، قال عليه السلام: لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها وإن صبرت فهو خير لك ـ الحديث»[1].

نعم يكره ذلك لقوله عليه السلام: «و ان صبرت فهو خير لك».

(٤١) للأخبار والاعتبار قال أبو عبدالله عليه السلام في صحيح ابن عمار: «أتى رسول الله صلى الله عليه وآله بسببي من اليمن، فلما بلغوا الجحفة نفذت نفقاتهم فباعوا جارية بسبي كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاءها، فقال صلى الله عليه وآله: ما هذه؟ قالوا: يا رسول الله صلى الله عليه وآله احتجنا إلى نفقة فبعنا ابنتها، فبعث بثمنها فأتى بها وقال صلى الله عليه وآله: بيعوها جميعا أو أمسكوها جميعا»[2].

وفي صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام: «انه اشتريت له جارية من الكوفة، قال: فذهبت لتقوم في بعض الحاجة فقالت: يا أماه، فقال لها أبو عبد الله عليه السلام: أ لك أم؟ قالت: نعم، فأمر بها فردت»[3]، وفي النبوي صلى الله عليه وآله: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله من فرّق بين الوالدة وولدها وبين الأخ وأخيه»[4]، إلى غير ذلك

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) الوسائل باب: ١٣ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) سنن ابن ماجه باب: ٤٦ من أبواب التجارات حديث :٣.

تاما لأنه محجور عليه، ولا ينفذ تصرفاته فيما ملكه بدون اذن مولاه وللمولى السلطة التامة على ملكه حتى ان له ان ينتزعه منه[٤٢].

من الأخبار التي سياق مجموعها بعد رد بعضها إلى بعض ظاهر في الكراهة.

نعم، قد يحرم لجهات خارجية وبذلك يمكن أن يجمع بين الأقوال.

(٤٢) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب الأصل العملي.

وأخرى: بحسب الإطلاقات والعمومات.

وثالثة: بحسب الاعتبار.

ورابعة: بحسب الأخبار.

وخامسة: بحسب أنظار فقهائنا الأبرار.

أما الأول: فمقتضاه عدم حصول الملكية له مع الشك فيها بجميع أسبابها الاختيارية والقهرية ولكنه لا وجه للتمسك به في مقابل الإطلاقات والعمومات الدالة على حصول الملكية بأسبابها الخاصة اختيارية كانت أو قهرية، فلا وجه للتمسك به مع وجودها كما ثبت في الأصول.

أما الثاني: بلا ريب في شمولها للعبد كشمولها للحر بلا فرق بينهما في كونهما مصداقا وموردا للإطلاقات والعمومات، فلا فرق بينهما من هذه الجهة لا لغة ولا عرفا ولا شرعا بعد كون الأسباب جامعة للشرائط التي منها إذن المولى بالنسبة إلى العبد.

وأما الثالث: فأي فرق بينه وبين الصغير بل الجنين والعبد في صحة اعتبار الملكية للأولين دون الأخير، هل هو لعدم المقتضي أو لوجود المانع؟ و لا وجه للأول لفرض وجود الإطلاقات والعمومات الدالة على حصول الملكية بأسبابها الخاصة وهي تشمل العبيد والأحرار في عرض واحد مع وجدان الشرائط فالفرق بينهما تحكم محض من هذه الجهة، وليس العبد كالبهائم بوجدان كل

ذي شعور. وأما الثاني فلا مانع في البين إلا بعض ما استدل به على عدم ملكه ويأتي نقله ودفعه ان شاء الله تعالى.

وأما الرابعة: التي هي العمدة تكون على قسمين:

الأول: ما هو ظاهر في حصول الملكية له.

والثاني: ما يظهر منه الخلاف.

ولا بد وان يعلم أولا ان الملكية.

تارة: يراد بها مجرد المنشئية لصحة اعتبارها فقط بلا ترتب أثر من آثارها عليها أبدا فيصح للغير انتزاع الملك من هذا المالك اقتراحا وبلا سبب ولا يجوز للمالك التصرف فيما يملك بوجه من الوجوه أبدا إلا بإذن الغير ورضاه.

وأخرى: يراد بها ملكية يترتب عليها جميع الآثار والتسلط الفعلية المطلقة على التصرف بما شاء وكيف ما أراد والاستيلاء المطلق على مدافعة كل مزاحم ومعارض لها وهذه هي الملكية التي لا يصلح سلب الملك عنها بخلاف الأولى فإنه يصح سلب الملكية عنه في المتعارف كما لو ألقى أحد ماله في البحر بحيث لا يقدر على التصرف فيه بوجه من الوجوه فيقول الناس انه فقير ولا مال له، ويعطونه من الصدقات ولا يترتب عليه آثار الغنى لا شرعا ولا عرفا ومالكية العبد من هذا القبيل لا من القسم الثاني.

وبذلك يجمع بين الأخبار وكلمات فقهائنا الأخيار فما يظهر منه انه يملك أي: بالقسم الأول من الملك، وما يظهر منه عدمه أي: بالقسم الأخير منه.

ثمَّ انه قد استدل على عدم ملكيته.

تارة: بالآية الشريف ﴿عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ﴾[1]، والمراد بها عدم القدرة مستقلا في مقابل المولى على شيء فلا وجه للاستدلال بها على عدم حصول الملكية له بإذن مولاه بالأسباب الخاصة.

وأخرى: بالإجماع بتعبيرات مختلفة كالتعبير بمذهب الأصحاب تارة،

---

(١) سورة النحل: ٧٥.

وبمذهب الإمامية أخرى، وعند علمائنا ثالثة، إلى غير ذلك من التعبيرات.

وفيه: أن جميع ذلك دعوى بلا برهان وقول بلا فحص وبيان كيف يعتبر هذا الدعوى مع ان الشهيدين نسبا إلى الأكثر القول بأنه يملك، والشهيد الأول لسان الفقهاء وترجمانهم فكيف يخفى عليه الإجماع ويظهر على غيره ثبوت الإجماع.

وثالثة: بأن ما يملكه العبد ملك للمولى، لقاعدة تبعية النماء في الملكية للأصل، وحيث أن أصل العبد ملك للمولى يكون ملكه أيضاً كذلك.

وفيه: ان القاعدة محكومة بالإطلاقات والعمومات الواردة في الأسباب المملكة لا ينبغي الارتياب في شمولها للعبد، وكما ان مالكية المولى لعبده مالكية تصرفية فكذا بالنسبة إلى ماله أيضاً وليست مالكيته للعبد كمالكيته للحيوان الذي يشتريه من السوق فيذبحه ويقطع أعضائه إربا إربا بل نحو مالكية خاصة محدودة بحدود مخصوصة ويترتب على هذه الملكية ملكه لمنافعه وتصرفاته فبإذنه يملك بالأسباب المملكة وتصرفه في ملكه منوط بإذن السيد أيضاً ولا محذور فيه من عقل أو شرع.

وأما الأخبار التي استدل بها على انه لا يملك فأقسام ثلاثة:

الأول: ما اشتمل على تعليل الإمام عليه السلام لقوله تعالى ﴿عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ﴾[1]، ومحتملات عدم القدرة ثلاثة:

الأول: عدم القدرة التكوينية وهو باطل قطعا.

الثاني: عدم القدرة الشرعية بدون إذن المولى وهو صحيح.

الثالث: عدم القدرة وعدم النفوذ حتى مع إذنه، ولا يستفاد من هذه الأخبار هذا، بل يستفاد من سياق مجموعها صحته بقرينة قوله عليه السلام: «انه لم يعص الله وانما عصى سيده فإذا أجازه فهو له جائز»[2]، فالاستدلال بهذه

---

(١) راجع الوسائل باب: ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء: ١.

الأخبار على المنع لا وجه له، بل لنا أن نتمسك بمثل هذه الأخبار على الجواز

أما الآية الشريفة ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلاً مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ مِنْ شُرَكٰاءَ فِي مٰا رَزَقْنٰاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوٰاءٌ﴾[1]، لا ربط لها بعدم ملكية العبد وإنما هي إرشاد إلى حكم الفطرة من ان العبد ليس في عرض المولى والخادم ليس في عرض المخدوم وإلا لاختل النظام.

الثاني من الأخبار: قول أبي جعفرعليه السلام في صحيح محمد بن قيس قال: «المملوك ما دام عبدا فإنه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلا ان يشاء سيده»[2]، وعن ابن سنان في صحيحه قال: «قلت لأبي عبدالله‌عليه السلام مملوك في يده مال عليه زكاة؟ قال‌عليه السلام: لا، قلت: فعلى سيده؟ قال‌عليه السلام: لا لأنه لم يصل إلى سيده وليس هو للمملوك»[3]، إلى غير ذلك مما سيق هذا المساق المتفرق في الأبواب المتفرقة.

وفيه: أن استفادة نفي السلطة الفعلية المطلقة بدون إذن المولى من هذه الأخبار مسلمة وأما عدم الملك مطلقا فلا يستفاد منها خصوصا بقرينة سائر الأخبار.

الثالث من الاخبار ما هو ظاهر في أنه يملك ظهورا عرفيا منها صحيح عمرو بن يزيد عن الصادق‌عليه السلام: «قلت له: للمملوك ان يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده؟ قال‌عليه السلام: نعم، وأجر ذلك له»[4]، ومنها صحيح زرارة قال: «سألت أبا جعفرعليه السلام عن رجل أعتق عبدا وللعبد مال لمن المال؟ فقال‌عليه السلام: ان كان يعلم ان له مالا تبعه ماله وإلا فهو له»[5]، إلى غير ذلك من النصوص المتفرقة في الأبواب الذي لا يسع الفقيه

(١) سورة الروم :٢٨.
(٢) الوسائل باب: ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا :١.
(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب بيع الحيوان :٢.
(٤) الوسائل باب: ٩ من أبواب بيع الحيوان :١.
(٥) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب العتق :٤.

(مسألة ١٤): كل حيوان مملوك كما يجوز بيع جميعه يجوز بيع بعضه المشاع كالنصف والربع مثلا[٤٣] بلا فرق بين الناطق والصامت ولا بين مأكول اللحم وغيره[٤٤].

وأما جزؤه المعين كرأسه وجلده أو يده ورجله أو نصفه الذي فيه رأسه مثلا فإن كان مما يؤكل لحمه، أو لم يكن المقصود منه اللحم وإن حل أكله بل كان المقصود منه الركوب والحمل وادارة الرحى ونحو ذلك لم يجز بيعه[٤٥]، وأما إذا كان المقصود منه الذبح مثل ما يشتريه القصابون ويباع منهم يصح بيعه ولا بأس به[٤٦].

حصرها على وجه يقطع بملاحظتها حصول الملكية له وقد أطنب بعض الفقهاء في هذه المسألة مع أنها لا تستحق الإطناب مضافا إلى كونها خارجة عن مورد الابتلاء ومن شاء العثور على التفصيل فليراجع المطولات ولا وجه لتضييع العمر فيما لا موضوع له ولذا تركنا التعرض لجملة من الفروع التي تعرض لها أصحابنا في المقام لأنها فرض في فرض غير واقع.

(٤٣) للأصل والعموم والإطلاق والاتفاق.

(٤٤) للعمومات والإطلاقات الشاملة للجميع بلا مخصص ومقيد في البين.

(٤٥) للإجماع، ولأن هذا النحو من البيع في مثل هذه الحيوانات غير معهود عند متعارف الناس وربما يعد من السفه لديهم.

(٤٦) لإطلاقات الأدلة وعموماتها من دون مخصص ومقيد من إجماع أو غيره، بل قال أبو عبدالله عليه السلام في خبر السكوني: «اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بعيرا واستثني البائع في الرأس أو الجلد ثمَّ بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: هو شريكك في البعير على

فإن ذبحه يكون للمشتري ما اشتراه وان باعه ولم يذبحه بكون المشتري شريكا في الثمن بنسبة ماله(٤٧) بأن ينسب قيمة الرأس والجلد مثلا على تقدير الذبح إلى البقية وله من الثمن بتلك النسبة(٤٨)، وكذا

قدر الرأس والجلد»(١)، وعن علي بن الحسين عليه السلام بإسناده إسباغ الوضوء، قال: «اختصم إلى علي عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيرا واستثنى الرأس والجلد ثمَّ بدا له ان ينحره، قال عليه السلام: هو شريكه في البعير على قدر الرأس والجلد»(٢)، وعن الصادق عليه السلام في صحيح الغنوي(٣)، في رجل شهد بعيرا مريضا وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم وأشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس والجلد فقضى ان البعير برئ فبلغ ثمنه دنانير، فقال عليه السلام: لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ فإن قال أريد الرأس والجلد فليس له ذلك هذا الضرار وقد اعطى حقه إذا أعطى الخمس»، والكل مطابق للقواعد العامة لأن شركته في الرأس والجلد إنما تكون بحسب المالية وأما الخصوصية العينية فيسلط عليها ما يستلزم ضرر على الغير كما إذا ذبح وأما مع لزومه فيسقط تسلطه لأجل الضرر على الغير.

(٤٧) لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، ولما مر من صحيح الغنوي.

(٤٨) لأن هذا هو المراد من اشتراء الاجزاء ونسبتها إلى الكل عند أهل الخبرة بهذه الأمور ويمكن استفادته من صحيح الغنوي أيضاً.

وقد يستشكل في مثل هذا البيع بالجهالة.

وفيه: ان أهل خبرة هذه الأمور لا يرون الجهالة فيها وهم المحكم فيها لا الدقيات العقلية إذ ليست الأحكام مبنية عليها ولا انظار الفقهاء لأنهم ليسوا بأهل خبرة هذه الأمور وقد أطنبوا المقال في هذا المجال كما لا يخفى على من راجع المطولات.

---

(١) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب بيع الحيوان حديث :٢.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٢٢ من أبواب بيع الحيوان.

الحال فيما لو باع حيوانا قصد به اللحم واستثنى الرأس والجلد، أو اشترك اثنان أو جماعة في اشتراء حيوان وشرط أحدهم لنفسه الرأس والجلد أو الرأس والقوائم مثلا، أو أشترى شخص حيوانا ثمَّ شرك غيره معه في الرأس والجلد مثلا، كما إذا اشترى شاة بعشرة دنانير ثمَّ شرك شخصا بدينارين بالرأس والجلد فالكل صحيح فيما يراد ذبحه فإذا ذبح استحق العين وإلا كان شريكا بالنسبة(٤٩).

(مسألة ١٥): لو قال شخص لآخر اشتر حيوانا بشركتي كان ذلك توكيلا له في الشراء(٥٠) فلو اشتراه حسب استدعاء الأمر كان المبيع بينهما نصفين وعلى كل منهما دفع نصف من الثمن(٥١) إلا إذا صرح بأن الشركة على نحو آخر(٥٢)، ولو دفع المأمور عن الآمر ما عليه من الثمن ليس له الرجوع إليه(٥٣).

---

(٤٩) لأن الحكم في الجميع مطابق للعمومات والإطلاقات وقاعدة السلطنة، وعموم «المؤمنون عند شروطهم»[١]، وقاعدة نفي الضرر مضافا إلى ما مر من صحيح الغنوي.

(٥٠) لأنه الظاهر من مثل هذا التعبير عرفا فيتبع هذا الظهور ما لم يكن قرينة على الخلاف.

(٥١) لأنه المنساق من الشركة، ولأصالة التساوي في الشركة إلا مع القرينة على الخلاف.

(٥٢) أو كانت قرينة لها ظهور عرفي على الخلاف، لأن القرينة المعتبرة صارفة عن الظهور والانسباق فكيف بالتصريح عليه.

(٥٣) لأنه متبرع بالدفع حينئذ لفرض عدم الإذن له في ذلك وعدم قرينة عليه ومجرد الإذن في الشركة أعم من ذلك عرفا وشرعا.

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

نعم، لو كانت في البين قرينة معتبرة على أن المقصود الشراء والدفع عنه ما عليه من الثمن كالشراء من مكان بعيد لا يدفع المبيع حتى يدفع الثمن فيرجع حينئذ إلى الآمر بما دفع عنه(٥٤).

(مسألة ١٦): تقدم في باب الربا أنه يجوز بيع شاة بشاتين وكذا سائر الحيوانات(٥٥).

(مسألة ١٧): لو اشترى أمة فوطئها فظهر انها ملك لغير البائع كان للمالك انتزاعها منه(٥٦) وله على المشتري عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر إن كانت ثيبا(٥٧) ولو حملت منه فالولد حر(٥٨) وكان عليه

---

(٥٤) لأن الإذن في الشراء ملازم للإذن في دفع الثمن عنه حينئذ عرفا كما هو الظاهر من أهل الخبرة.

(٥٥) لعموم الأدلة وإطلاقها وعدم الربا لأنه يعتبر في تحقق الربا المعاملي كون العوضين من المكيل والموزون والحيوان الحي ليس كذلك وتقدم هناك ما ينفع المقام فراجع.

(٥٦) لقاعدة السلطنة مضافا إلى الإجماع.

(٥٧) لقول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح ابن صبيح الوارد في المقام: «و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها»[١].

(٥٨) للأصل والتبعية لأشرف الأبوين، وصحيح ابن صبيح عن الصادق عليه السلام الوارد في المقام: «قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال عليه السلام: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى»[٢].

---

(١) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد: ١.

(٢) الوسائل باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد: ١.

قيمة الولد يوم ولد حيا[٥٩]، ويرجع إلى البائع بما اغترمه للمالك إن كان جاهلاً[٦٠].

(مسألة ١٨): إذا اشترى كل من العبدين المأذونين صاحبه عن مولاه فإن اقترن العقدان وكان شراؤهما لأنفسهما بطلا معا[٦١].

---

(٥٩) لقول أبي عبدالله عليه السلام في موثق جميل: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمَّ يجيء مستحق الجارية قال عليه السلام: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»[١]، ولا يخفى ان هذا من فرض القيمة تعبدا لاحترام نماء مال المالك وإلا فلا وجه لتقويم الحر كما لا يخفى.

(٦٠) لقاعدة الغرور، وما مر في موثق جميل.

(٦١) لعدم إمكان الإبهام المحض في الأسباب المملكة، وبطلان الترجيح بلا مرجح فلا بد من البطلان ولا موضوع للقرعة هنا لأن موضوعها ما إذا كان في البين صحيح واقعي وأحرز السبق واللحوق واشتبه ظاهرا ومع التقارن لا صحة كذلك فلا وجه للاستدلال لها بالمرسل الذي يأتي، مع انه قاصر سندا ومعارض بما عن الصادق عليه السلام في خبر أبي سلمة: «في رجلين مملوكين مفوض إليهما يشتريان ويبيعان بأموالهما، فكان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا، وهذا الى مولى هذا، وهما في القوة سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد، وذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر وانصرفا الى مكانهما وتشبث كل منهما بصاحبه، وقال له: أنت عبدي قد اشتريتك من سيدك قال عليه السلام: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فأيهما كان أقرب فهو الذي سبق الذي هو أبعد، وإن كانا سواء فهما ردا على مواليهما جاءا سواء وافترقا سواء إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له ان شاء باع وان شاء أمسك وليس له ان

---

(١) الوسائل باب: ٨٨ من أبواب نكاح العبيد: ٥.

و إن كان شراؤهما لغيرهما يصحان معا[٦٢]، وان ترتبا صح السابق بأي وجه معتبر أحرز السبق واللحوق[٦٣] وأما اللاحق فإن كان الشراء لنفسه فهو باطل[٦٤] وان كان الشراء لسيده توقف على إجازته[٦٥].

(مسألة ١٩): لو وطئ الشريك الجارية المشتركة لأحد عليه مع الشبهة[٦٦]، ومع عدمها يسقط عنه الحد بقدر نصيبه ويثبت بمقدار نصيب غيره[٦٧] فإن حملت قومت عليه وانعقد الولد حرا وعليه قيمة حصص

يضر به»[١]، ولا وجه للعمل بهذه الرواية أيضاً لأنها فيما إذا أحرز السبق واللحوق واشتبه ظاهرا فلا وجه إلا للبطلان.

(٦٢) لوجود المقتضي للصحة وهو الإذن المطلق منهما وفقد المانع عنها فلا بد من الصحة. نعم، لو كان الإذن مقيدا بكونه عبدا له تتوقف الصحة على اجازته.

(٦٣) لشمول أدلة الصحة له بلا محذور فيه.

(٦٤) لأنه بعد أن صح السابق يصير هذا مملوكا للسابق ولا يصح شراء المملوك لمالكه وسيده.

(٦٥) لأنه حينئذ من الفضولي بناء على زوال الإذن بانتقاله عن ملك الاذن إلى ملك غيره وبذلك يفترق الإذن عن الوكالة، وأما مع عدم زواله فيكفي الإذن السابق ولا يحتاج إلى إجازة لا حقة.

(٦٦) لما يأتي في كتاب الحدود من سقوطه مع الشبهة إجماعا، وفي الحديث: «ادرءوا الحدود بالشبهات»[٢].

(٦٧) للنصوص، والإجماع منها خبر ابن سنان، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجال اشتركوا في أمة فأتمنوا بعضهم على أن تكون الأمة عنده

---

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) الوسائل باب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود: ٤.

الشركاء من الولد عند سقوطه حيا(٦٨).

فوطئها؟ قال عليه السلام: يدرأ عنه من الحد بقدر ماله فيها من النقد ويضرب بقدر ما ليس له فيها، وتقوم الأمة عليه بقيمة ويلزمها، وإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشتريت به الجارية ألزم ثمنها الأول، وإن كانت قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن وهو صاغر، لأنه استفرشها، قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراؤها دون الرجل؟ قال عليه السلام: ذلك له، وليس له ان يشتريها حتى تستبرأ وليس على غيره ان يشتريها إلا بالقيمة»[1].

(٦٨) أما تقويم الجارية فللإجماع والنصوص منها ما تقدم في خبر ابن سنان ونحوه غيره مما هو كثير، ويحتمل تقويمها بمجرد الوطي مع احتمال الحمل، لأنه أوجب بمجرد ذلك معرضية سقوط الجارية عن ملك ملاكها لصيرورة كونها معرضا لأم الولد المتشبثة بالحرية.

وأما انعقاد الولد حرا فلقاعدة التبعية لأشرف الأبوين وأصالة الحرية وليس هو زناء محضا حتى ينفى مطلقا على فرض شمول النفي لمثل هذه الأمور وعدم اختصاصه بخصوص نفي الإرث فقط كما هو ظاهر حديث: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[2].

وأما أن عليه قيمة حصص الشركاء من الولد فلأنه أتلف عليهم نماء مالهم فيجب عليه القيمة مضافا إلى الإجماع والنص ففي صحيح ابن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا وطأ رجلان أو ثلاث جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعا أقرع الوالي بينهم فمن قرع كان الولد ولده ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية، قال: فإن اشترى رجل جارية وجاء رجل فاستحقها وقد ولدت من المشتري رد الجارية عليه وكان له ولدها بقيمته»[3].

---

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب بيع الحيوان.
(٢) الوسائل باب: ٥٨ من أبواب نكاح العبيد حديث: ٤.
(٣) الوسائل باب: ٥٧ من أبواب نكاح العبيد حيث: ١.

(مسألة ٢٠): يستحب لمن اشترى مملوكا ان يغير اسمه، ويطعمه شيئا من الحلاوة، والصدقة عنه بأربعة دراهم وان لا يريه ثمنه(٦٩).

وأما كون المناط قيمة يوم سقطه حيا فلأنه المتيقن من الأدلة وهو أول يوم يصدق الولد عليه وهو الذي تساعده التقويمات المتعارفة، ولأصالة البراءة عن اعتبار تقويم غيره.

والظاهر جريان الحكم المذكور على الأمة أيضاً فيدرء عنها بقدر ما درء عن الواطئ وتضرب بقدر ما ضرب.

(٦٩) لخبر زرارة قال: «كنت جالسا عند أبي عبدالله عليه السلام فدخل عليه رجل ومعه ابن له، فقال له أبو عبدالله عليه السلام: ما تجارة ابنك؟ فقال: التنخس، فقال له أبو عبدالله عليه السلام لا تشتر شيئا ولا عيبا وإذا اشتريت رأسا فلا ترين ثمنه في كفة الميزان فما من رأس يرى ثمنه في كفة الميزان فأفلح وإذا اشتريت رأسا فغير اسمه واطعمه شيئا حلوا إذا ملكته وصدق عنه بأربعة دراهم»[١].

والحمد لله رب العالمين ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب بيع الحيوان حديث: ١.

فصل في الإقالة

البحث فيها من جهات:

الأولى: إنها من الحقوق المجاملية بين الناس في عقودهم وعهودهم موافقة لقاعدة السلطنة لا أن تكون مخالفة لها نتعبد بها شرعا فقط لأن من شؤون المعاهدة بين العقلاء إقالة النادم في العهود الدائرة بينهم سواء كانت الندامة من طرف واحد أو من الطرفين، وقد وردت الروايات مطابقة لهذا الأمر الأخلاقي العرفي.

الثانية: إنها حق لا أن تكون حكما، لكونها مثل الفسخ عرفا، وصرح في التذكرة بأنها تورث، وعلى فرض عدم الإرث كما عن جمع فلا يلزم أن يكون حكما، إذ ليس كل حق موروثا وكل ما لا يورث حكما كما هو واضح.

الثالثة: الإقالة كالفسخ الحاصل بالخيار لكنها تفترق عنه بتوقفها على تراضي الطرفين، بخلافه فإنه قائم بمن له الخيار فقط فالإقالة رد الملك إلى من كان له قبل العقد بالتراضي، وليست بيعا مستأنفا فلا تترتب عليها آثار البيع وأحكامه بل ليست عقدا أصلا فهي من سنخ الإيقاعات كالفسخ، ولذا تقع بقول أحدهما مع رضاء الآخر، وليس كل ما كان متوقفا على رضاء الطرفين عقدا فتتحقق بلفظ أحدهما ومجرد رضاء الآخر بها ـ وأنه أحرز ذلك بوجه معتبر كما يأتي ـ قلبا ولو لم يصدر منه لفظ ولا فعل بل وبفعل أحدهما ورضاء الآخر كذلك.

و هي: فسخ العقد من الطرفين. ورضاء الأخر به[١] وتجري في جميع العقود[٢] سوى النكاح[٣].

(مسألة ١): تقع الإقالة بكل لفظ أفاد المعنى المقصود عرفا كما إذا قال المتعاقدان أو أحدهما: تفاسخنا أو تقايلنا أو يقول أحدهما للآخر: (أقلتك) وقبل الآخر، أو التمس أحدهما إقالة الآخر، فأقال، أو رد كل واحد منهما ما انتقل إليه الى صاحبه بعنوان الإقالة، فتتحقق بالفعل من كل منهما

---

(١) للإطلاقات، والعمومات وظاهر قولهعليه السلام: «أيما مسلم أقال مسلما ندامة في البيع أقاله الله عثرته يوم القيامة»[١]، انه يكفي الإقالة من طرف والندامة من الطرف الآخر كما في اقالة الله تعالى لعبيدة النادمين، وقالعليه السلام أيضاً: «أربعة ينظر الله عز وجل إليهم يوم القيامة: من أقال نادما، أو أغاث لهفان، وأعتق نسمة أو زوج عزبا»[٢]، إلى غير ذلك من النصوص التي وردت مورد التأليف والتسهيل.

(٢) للإطلاق والاتفاق وذكر البيع في بعض الأدلة من باب الغالب.

(٣) للإجماع على عدم جريانها فيه، ولأن رفع النكاح منحصر بسبب خاص ونصوص مخصوصة كما يأتي تفصيله في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى. وعن بعض عدم جريانها في الهبة اللازمة، والضمان والصدقة لعدم جريان الفسخ فيها وجريان الإقالة ملازم لجريانه.

وفيه: ان مقتضى الإطلاق الدال على تشريع الإقالة جريانها في الثلاثة أيضاً إلا مع الدليل المعتبر على الخلاف أو ثبوت الملازمة بدليل معتبر والأول مفقود، والثاني مشكل ويأتي التفصيل في محالها ولكن الأحوط عدم

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب آداب التجارة: حديث: ٢ و ٥.

بل تتحقق بالفعل من أحدهما والقول من الآخر(٤) وبعد تحقق الإقالة وجب على من بيده المال رده الى صاحبه(٥).

(مسألة ٢): لا تجوز الإقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان فلو أقال المشتري بزيادة عن الثمن الذي اشترى به أو أقال البائع بوضيعة بطلت الإقالة وبقي العوضان على ملك صاحبهما(٦) هذا إذا جعلت الزيادة أو النقيصة من حدود نفس الإقالة وأما ان كانت خارجة عنها كما إذا كانت بجعالة أو شرط أو هبة أو صلح أو بيع مستأنف فيجوز ذلك(٧).

وقوعها في الثلاثة.

(٤) كل ذلك للإطلاق والاتفاق والأصل بعد عدم دليل يدل على تعيين خصوصية خاصة في البين.

(٥) لأنه صار مال الغير فلا يجوز إمساكه والتصرف فيه بغير رضاه ومقتضى قاعدة اليد وجوب رده.

(٦) لأن الإقالة المعهودة رد الملك الأول بما كان عليه حين العقد لا ما زيد شيء عليه فإن الزيادة تحتاج إلى تمليك جديد وهو مفقود وليس من شأن الإقالة ذلك، مضافا إلى ظهور الإجماع والنص ففي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «سألته عن رجل اشترى ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثمّ رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة؟ قال عليه السلام: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد»(١).

(٧) للأصل، والإطلاقات، والعمومات من غير مقيد ومخصص في البين لأن المتيقن من الإجماع والمنساق من النص انما هو البطلان فيما إذا كانت من حدود نفس الإقالة وقيودها لا ما إذا كانت خارجة عنها بالمرة وغير مربوط بها

---

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب أحكام العقود حديث: ١.

(مسألة ٣): لا يجري في الإقالة الفسخ والإقالة[٨].

(مسألة ٤): تصح الإقالة في جميع ما وقع عليه العقد وفي بعضه ويقسط الثمن حينئذ بالنسبة إلى حصته[٩] بل إذا تعدد البائع أو المشتري

وان ذكر في ضمنها فليست الزيادة والنقيصة تمليكا بالإقالة بل هو بالشرط الذي التزم به في الإقالة فيشمله عموم: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

إن قلت: ان الشرط يصير من متممات العوضين فيرجع الزيادة والنقيصة بالأخرة إليهما فتبطل الإقالة، قلت: انه خلف الفرض إذ المفروض انه شيء مستقل ذكر فيها تحفظا على ثبوته واستحكامه.

إن قلت: ان فائدة الشرط التسلط على فسخ العقد الذي اشترط فيه مع عدم الوفاء به والفسخ في الإقالة غير معهود لأنها فسخ ولا معنى لتزلزل الفسخ والفسخ في الفسخ، قلت: التسلط على فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط من إحدى فوائد الشرط لا أن تكون منحصرة فيه كما في الشرط في ضمن العتق والوقف ونحوهما مما لا يتسلط المشروط له على الفسخ فيه مع عدم الوفاء.

إن قلت: ان الذي وجب الوفاء به لا بد وان يقع في ضمن العقد وكون الإقالة من العقد أول الكلام قلت: أولا دعوى ان الوفاء الواجب في الشروط ما كان في ضمن العقد أول الدعوى لشمول العمومات والإطلاقات للشروط الابتدائية أيضاً، ولكن نسب إلى المشهور عدم وجوب الوفاء بها كما مر.

وثانيا: يكفي كونه في ضمن ما هو لازم ـ عقدا كان أو غيره ـ كالعتق والوقف بناء على كونه إيقاعا وايقافا كما هو الحق ويأتي تفصيله في كتاب الوقف إن شاء الله تعالى.

(٨) للأصل وانقطاع العلاقة بينهما فلا موضوع في البين حتى يكون موردا لها، مضافا إلى تسالم الفقهاء عليه.

(٩) لإطلاق الأدلة الشامل للكل والبعض مضافا إلى ظهور الإجماع عليه.

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

تصح إقالة أحدهما مع الطرف الآخر وإن لم يوافقه صاحبه[١٠].

(مسألة ٥): تلف أحد العوضين أو كليهما لا يمنع من صحة الإقالة فإذا تقابلا رجع بمثله ان كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا[١١] والمناط في القيمة على يوم الأداء[١٢] والخروج عن الملك ببيع أو هبة أو نحوهما كالتلف[١٣].

(مسألة ٦): تلف البعض كتلف الكل يستوجب الرجوع الى البدل في البعض التالف[١٤] وحصول العيب يوجب الرجوع الى الأرش[١٥].

(مسألة ٧): حق الإقالة كحق الفسخ موروث[١٦] ولكن الأحوط التراضي من الورثة مستقلا بصلح أو هبة ونحوهما من دون أن يكون ذلك بعنوان حق الورثة للإقالة[١٧].

---

(١٠) لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، وأصالة عدم حق لصاحبه عليه.

(١١) لإطلاق الأدلة الشامل لصورة التلف أيضاً، ولأصالة المساواة بين الفسخ والإقالة إلا ما خرج بالدليل، وقد مر صحة الفسخ حتى مع التلف أيضاً.

(١٢) لأنه وقت تفريغ الذمة وقطع العلقة بينهما بالمرة فنعتبر العين في الذمة إلى وقت فراغها والأحوط التراضي لأن المسألة خلافية.

(١٣) لأن الإقالة تسبيب رد كل من العوضين إلى المالك بحسب مقتضى العقد الأول الواقع بينهما فاذا انتفى مقتضاه ينتفي موضوع الإقالة أيضاً، مع أن ذلك هو المتيقن من الإجماع والمنساق من النصوص التي تقدم.

(١٤) لما مر في تلف الكل من غير فرق بينهما في ذلك.

(١٥) لقاعدة نفي الضرر والضرار الجارية في كل مقام.

(١٦) لأصالة المساواة بينهما وبين الفسخ بعد ثبوت كونها مثل حق الفسخ.

(١٧) للاقتصار على المتيقن من أدلة الإقالة وإمكان المناقشة فيما ذكرناه

(مسألة ٨): لا فرق في صحة الإقالة بين قصر المدة بين البيع وبينها ولا بين طول المدة[١٨].

من الأصل ولذا ذهب جمع إلى عدم كونه موروثا.

(١٨) للإطلاق الشامل لكل منهما ما لم يكن الطول خلاف المتعارف لصحة دعوى الانصراف عنه حينئذ والحمد لله أولا وآخرا.

كتاب الشفعة

(مسألة ١): إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص أجنبي فللشريك الآخر مع اجتماع الشروط الآتية حق تملكها أو انتزاعها من المشتري بما بذله من الثمن ويسمى هذا الحق بالشفعة وصاحبه بالشفيع[1].

كتاب الشفعة

هذه المادة تستعمل في اللغة بمعنى التقوية والإعانة والزيادة والضم وليس ذلك من المشترك اللفظي بل الجامع في الكل هو الضم إذ به يحصل الزيادة والإعانة والتقوية وبهذا المعنى استعمل في اصطلاح السنة والفقهاء والمتشرعة أيضاً لانضمام حصة الشريك إلىٰ شريكه بهذا الحق فتحصل الزيادة والتقوية والإعانة، وبهذا المعنى يستعمل لفظ الشفاعة أيضاً لأنها ضم المجرم إلى من له حق الشفاعة، لعل الله تعالى يتجاوز عن المجرم بفعل من له حق الشفاعة ونفس هذا الحق للشافع بفعل من الله تعالى بالنسبة إليه.

ولا ريب في كونها من الحقوق المجاملية وهي حق مخالف للأصل ثبت بنصوص متواترة تأتي الإشارة إليها وإجماع المسلمين ولا بأس بتعريفها بأنها: «حق لأحد الشريكين في حصة شريكه عند انتقالها إلى غيره بالبيع».

(١) لما تطابقت عليه أقوال الفقهاء وان اختلفت تعبيراتهم في تأدية هذا المعنى، ولكنه من مجرد الاختلاف في اللفظ مع كون المراد الواقعي واحدا.

(مسألة ٢): تثبت الشفعة في كل ما لا ينقل إذا كان قابلا للقسمة كالأراضي، والبساتين ونحوهما(٢).

---

(٢) للنصوص المستفيضة من الطرفين وإجماع المسلمين، منها قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «الشفعة في كل شيء»[1]، ومنها قول أبي عبد الله عليه السلام: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»[2]، وعنه أيضاً عليه السلام قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا أرّفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة»[3].

والبحث في هذه المسألة من جهات.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الاعتبار.

وثالثة: بحسب الأخبار.

ورابعة: بحسب الكلمات.

أما الأول: فمقتضى الأصل الأولى عدم ثبوت هذا الحق لأنه مسبوق بالعدم فيستصحب.

أما الثاني: فلا ريب في ثبوت السيرة العقلائية في الجملة على تقديم الشريك على الأجنبي وهو من الآداب المجاملية بين الناس فيقدمون الشريك على الأجنبي عند الدوران بينهما فلو عكس بأن يقدم الأجنبي مع اقتضاء الشريك يقع مورد الملامة والتقبيح.

ان قيل هذا مسلم في الحق المجاملي الأخلاقي، وانما البحث في الحق الشرعي الذي يكون للشفيع إلزام المشتري بالأخذ. ولو بدون رضاه ولا يثبت

---

(١) كنز العمال ج: ٧ صفحة ٣ حدث: ١٩ ط حيدر آباد.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الشفعة: ١.

(٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب الشفعة: ١.

ذلك من بناء العرف والعقلاء

يقال: حق الاسترجاع والتسلط عليه مساوق لصحة الإلزام به عرفا وهو من فروع ولاية الشريك على ماله فإن من فروع هذه الولاية دفع المزاحم والمعارض ولو من جهة الشركة فإن مراعاة خصوصيات الشريك من أهم مقاصد الشركة.

وأما الأخبار فهي على قسمين:

الأول: ما يظهر منه التعميم كقول أبي عبدالله عليه السلام في مرسل يونس: «الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع»[١]، وفي مرسله الآخر عنه عليه السلام أيضاً: «سألته عن الشفعة لمن هي؟ و في أي شيء هي؟ و لمن تصلح؟ وهل تكون في الحيوان شفعة؟ و كيف هي؟ فقال عليه السّلام: الشفعة جائزة [واجبة] في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين الشريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم»[٢].

الثاني: جملة من الأخبار الواردة في المملوك كصحيح الحلبي[٣]، عن الصادق عليه السلام: «انه قال في المملوك: يكون بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به إله ذلك؟ قال عليه السلام: نعم، إذا كان واحدا، قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال عليه السلام: لا» و ذيله محمول على ما إذا تعدد الشركاء بقرينة قوله عليه السلام في صحيح ابن سنان: «قال عليه السلام: لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا»[٤]، وظاهر هذه الأخبار بل نصها صحة الشفعة في المنقول وعدم الاختصاص بخصوص غير المنقول فتكون شاهدا على التعميم.

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الشفعة :١.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة: ٢ و٣.

(٤) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة :٧.

الثالث: مرسل الكافي: «الشفعة لا تكون إلا في الأرضين والدور فقط»[١]، ولا بد من حمله إما على الغالب أو على الحصر الإضافي بقرينة ما مر من صحيح ابن سنان وغيره مضافا إلى قصور سنده.

الرابع: قولهم عليهم السلام: «لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم»[٢]، وقوله عليه السلام: الشفعة لا تكون إلا لشريك لم يقاسم»[٣]، وكذا قوله عليه السلام: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»[٤]، إلى غير ذلك مما اشتمل على مثل هذه التعبيرات واستفادوا منها أن موضوع الشفعة انما هو فيما كان قابلا للقسمة فما ليس قابلا للقسمة لا شفعة فيه.

وفيه: أولا ان مثل هذه الأخبار في مقام بيان مدة ثبوت حق الشفعة للشفيع وليست متعرضة لبيان شيء آخر. وثانيا: انها معارضة بما هو ظاهر في التعميم ولا وجه لطرح الظهور لأجل مثل هذه الاحتمالات.

الخامس: قول أبي عبدالله عليه السلام في خبر السكوني: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق»[٥].

وفي رواية أخرى زيادة: «و لا في رحى ولا في حمام»[٦]

وفيه: أولا أنه معارض بما دل على ثبوتها في الطريق كقول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح ابن حازم: «ان كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»[٧]. وثانيا: يمكن حمله على ما إذا كان الشريك أكثر من واحد كما هو الغالب في السفينة والحمام والنهر، مع أن للشفعة نحو حق وللحق مراتب متفاوتة ويمكن حمل مثل هذه

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب الشفعة :٢.
(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الشفعة :٧.
(٣) و (٤) الوسائل باب: ٣ من أبواب الشفعة: ٦ و١.
(٥) و (٦) الوسائل باب: ٨ من أبواب الشفعة: ١ و٢.
(٧) الوسائل باب: ٤ من أبواب الشفعة :١.

بل تثبت فيما ينقل كالثياب والمتاع والسفينة والحيوان، وفيما لا ينقل وكان غير قابل للقسمة كالضيقة من الأنهار والطرق والآبار وغالب الأرحية والحمامات، وكذا في الشجر والنخيل والأبنية والثمار على النخيل والأشجار[٣] ولكن الأحوط للشريك عدم الأخذ بها إلا برضى المشتري كما ان الأحوط للمشتري اجابة الشريك ان أخذ بها[٤]، وكذا الأحوط لهما ذلك في أشياء خمسة: النهر، والطريق، والرحى، والحمام، والسفينة[٥].

الأخبار على نفي بعض مراتب الحق لا نفي أصله بالمرة.

هذا مع ان الموضوع عرفي لا ان يكون تعبديا محضا حتى نحتاج إلى الاستظهار من الأخبار ففي كل مورد يرى العرف الشريك أولى من الأجنبي نقول بها إلا مع تنصيص الشارع على المنع نصا معتبرا غير قابل للحمل، مع أن جملة من هذه الأخبار قاصرة سندا.

الرابعة: وهي البحث بحسب كلمات الفقهاء فهي مضطربة جدا فنسب إلى أكثر المتقدمين التعميم، بل ادعى المرتضى في الانتصار الإجماع عليه، وعن جمع كثير التخصيص منهم الفاضل ووالده وولده، والشهيدان في اللمعة، ونسب ذلك إلى المشهور والظاهر بل المعلوم ان إجماعهم وشهرتهم مستند إلى ما بين أيدينا من النصوص فلا اعتبار بهما، فإذا لم يعتبر إجماعهم فكيف يعتبر لنا أقوالهم التي أنهاها في الجواهر إلى أربعة.

(٣) لما مر من الأخبار التي يمكن أن يستفاد منها التعميم.

(٤) لأنه يجوز الأخذ بها حينئذ قطعا ويعمل بذلك بالروايات المانعة أيضاً، لأن المنع على فرضه انما هو مع عدم الإذن والرضا من المشتري فكل واحد من الشفيع والمشتري تخلّص من احتمال المنع وجوازه.

(٥) لما عرفت من ورود النص فيها بالخصوص ومر ما يتعلق به من إمكان الحمل على صورة كون الشركاء أكثر من اثنين، أو على ما إذا لم يكن

(مسألة ٣): موضوع ثبوت الشفعة إنما هو بيع الحصة المشاعة من العين المشتركة(٦) فلا شفعة بالجوار، فلو باع أحد داره أو عقاره ليس لجاره الأخذ بالشفعة(٧)، وكذا لا شفعة في العين المقسومة إذا باع أحد الشريكين حصته المفروزة(٨) إلا إذا كانت دارا قد قسمت بعد اشتراكها أو كانت من أول الأمر مفروزة ولها طريق فباع بعض الشركاء حصته المفروزة من الدار فإنه تثبت الشفعة للآخر لكن إذا بيعت مع طريقها(٩).

المذكورات قابلة للقسمة بناء على عدم الشفعة فيما لا تقبل القسمة ولكن الحمل الثاني مخدوش لما مر من جريانها فيه.

(٦) لظاهر ما تقدم من النصوص من ذكر لفظ «الشريك»فيها مضافا إلى الإجماع.

(٧) للأصل، والإجماع، والنصوص المتقدمة المشتملة على الشريك الظاهرة في الشركة المالية الدالة على عدم الشفعة في غيرها فلا موضوع للشفعة في الجوار بلا شركة بين المتجاورين، وأما النبوي: «جار الدار أحق بالشفعة»[١]، فهو مع قصور سنده يمكن حمله على عرض البيع عليه أولا أو ان المراد به قسم خاص من الجار وهو الشريك.

(٨) للنصوص، والإجماع منها ما مر من قوله عليه السلام: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»[٢]، وقريب منه غيره، مع انتفاء موضوع الشفعة حينئذ تخصصا لأنها تكون بالنسبة إلى الشريك وقد انتفت الشركة بالقسمة.

(٩) للنص، والإجماع، ففي صحيح ابن حازم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال عليه السلام: إن كان باع الدار وحول

---

(١) كنز العمال ج: ٧ حديث: ١٧ وغيره طبعة حيدر آباد.

(٢) تقدم في صفحة :١٢٨.

وكذا إذا كانت داران تختص كل واحد منهما بشخص وكانتا مشتركتين في الطريق فبيعت احدى الدارين مع الحصة المشاعة في الطريق(١٠)، وأما إذا بيعت الحصة أو الدار مستقلا من دون الطريق بل بقي الطريق على ما كان عليه من الاشتراك بين الملاك، فلا شفعة حينئذ لا في الدار ولا في الطريق(١١).

نعم، لو باع حصته من الطريق تثبت فيها الشفعة إن كان قابلا للقسمة(١٢).

بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»[1]، وقريب منه الفقه الرضوي[2]، ولم يظهر الخلاف فيه إلا من المحقق فإنه قال ان الحكم مخالف للأصل، وكما مر من إطلاق الأدلة الدالة على انه لا شفعة مع القسمة.

وفيه: أنه من الاجتهاد في مقابل النص، إذ الأصل محكوم بالنص الخاص، كما ان إطلاق الأدلة مقيدة به.

(١٠) لظهور إطلاق الدليل الشامل لهذه الصورة أيضاً، فيستفاد من إطلاقه انه لا فرق في مورد ثبوت الشفعة بين ما إذا كان المبيع مقصودا بالبيع مستقلا أو كان ملحوظا تبعا.

(١١) أما الأول فلعدم الاشتراك الذي هو موضوع الشفعة. وأما الثاني فلعدم تحقق البيع بالنسبة إليه أصلا لا مستقلا ولا تبعا فلا وجه للشفعة حينئذ.

(١٢) لوجود المقتضي للصحة حينئذ وفقد المانع عنها فتشمله الأدلة لا محالة.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الشفعة :١.

(٢) مستدرك الوسائل: باب: ٤ من كتاب الشفعة حديث :٢.

و كذا ان كان غير قابل للقسمة من جهة الضيق مثلا[١٣] وإن كان الأحوط فيه التراضي[١٤]. ويجري ما قلناه في سائر الأملاك المشتركة في الطريق، كالبستان مثلا[١٥]، وكذا الاشتراك في الشرب كالبئر والنهر والساقية فإنه كالاشتراك في الطريق أيضاً فيما مر[١٦].

ولكن الأحوط فيهما التراضي بين الشفيع والآخر[١٧].

(مسألة ٤): لو باع ما فيه حق الشفعة مع ما ليس فيه الشفعة، كما إذا باع حصته من الدار المشتركة بينه وبين غيره مع دار يملكها مستقلا ببيع

---

(١٣) لما مر من شمول إطلاق الأدلة لما إذا لم يكن المورد قابلا للقسمة أيضاً، وقلنا ان ما يستفاد منها اعتبار قبول القسمة لا يدل على نفي الشفعة عن غيرها.

(١٤) لذهاب جمع الى اعتبار قابلية القسمة في مورد الشفعة تمسكا بالأخبار المشتملة على القسمة والتقاسم[١]، وتقدم الجواب عنها فراجع.

(١٥) لعدم خصوصية في ذكر الدار في صحيح ابن حازم المتقدم وانما ورد في سؤال السائل من جهة انها كانت مورد احتياجه في وقت السؤال، ولذا عبر جمع من الفقهاء بالأرض كالمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد والتحرير.

(١٦) لأن الظاهر ان ذكر الطريق في الصحيح من باب ذكر مصداق مرافق الدار وما تحتاج إليه من مرافقها وضرورياتها العامة فيشمل الجميع.

(١٧) جمودا على ظاهر الصحيح، وتمسكا بأصالة عدم حدوث هذا الحق، وان كان فيهما ما لا يخفى، وخروجا عن مخالفة جمع خصوا الحكم بخصوص الدار والطريق ولا دليل لهم يصح الاعتماد عليه إلا الجمود وفيه ما مرّ

---

(١) تقدم في صفحة :١٢٨.

واحد صفقة واحدة كان للشريك الشفعة في تلك الحصة المشاعة بحصتها من الثمن(١٨) ولكن الأحوط تراضيهما في ذلك(١٩).

(مسألة ٥): تختص الشفعة بخصوص البيع، فإذا انتقلت الحصة إلى الأجنبي بالصلح، أو الهبة، أو الخلع، أو الإرث أو غير ذلك فلا شفعة للشريك(٢٠).

---

(١٨) لوجود المقتضى لثبوتها وفقد المانع فيشمله إطلاق الأدلة، واتحاد الصفقة لا يخرج كلا منهما عن حكمه، مضافا إلى ظهور الإجماع.

(١٩) لاحتمال أن يكون حق الشفعة في المجموع بمجموع الثمن ولكنه احتمال ضعيف.

(٢٠) للأصل، وظهور الإجماع، وقول أبي عبدالله عليه السلام في خبر الغنوي: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها بالثمن»[١]، وقوله عليه السلام: أيضاً: «إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره»[٢]، إلى غير ذلك من الأخبار المشتملة على لفظ «البيع»، وفي صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء قال؟ عليه السلام: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها»[٣]، بناء على أن نفي الشفعة من جهة الصداق لا من جهة تعدد الشركاء.

وعن ابن الجنيد من المتقدمين والشهيد الثاني التعميم لكل نقل لأن ذكر البيع في الأدلة من باب المثال والغالب لا التقييد وصحيح أبي بصير لأجل تعدد الشركاء لا الصداق وفي الاجتزاء في الحكم المخالف للأصل وقاعدة السلطنة والشهرة بل الإجماع بهذا المقدار إشكال.

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشفعة :١.
(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة :٢.
(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب الشفعة :٢.

والأحوط التراضي في غير البيع من سائر النواقل(٢١)، خصوصا في الأراضي والمساكن(٢٢).

(مسألة ٦): انما تثبت الشفعة إذا كانت العين بين شريكين، فلا شفعة فيما إذا كانت بين ثلاثة فما فوقها(٢٣) من غير فرق بين أن يكون البائع

---

(٢١) خروجا عن خلاف ابن الجنيد والشهيد.

(٢٢) جمودا على إطلاق قول أبي عبدالله عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار»[١]، على ما أسسناه من الأصل من ان الشفعة من الأصول النظامية العقلائية، ويمكن أن يستأنس للتعميم من قوله صلى الله عليه وآله في تشريع الشفعة: «لا ضرر ولا ضرار».

(٢٣) لقول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح ابن سنان: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»[٢]، ومرسل يونس قال: «سألته عن الشفعة لمن هي؟ و في أي شيء هي؟ و لمن تصلح؟ و هل تكون في الحيوان شفعة؟ و كيف هي؟ فقال عليه السلام: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم»[٣]، إلى غير ذلك من الاخبار هذا مضافا إلى الإجماع لأن المخالف على فرض ثبوته مسبوق بالإجماع وملحوق به فلا أثر لقوله.

وأما ما ذكر فيه من لفظ: «الشركاء» كقوله صلى الله عليه وآله: «الشفعة بين الشركاء»[٤] وخبر طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام قال: «الشفعة على عدد الرجال»[٥]، ومثله ما في خبر السكوني، وخبر ابن سنان عن

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الشفعة: ١.

(٢) و (٣) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة: ١ و ٢.

(٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب الشفعة.

(٥) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة: ٥.

اثنين من ثلاثة فكان الشفيع واحدا أو بالعكس(٢٤).

نعم، لو باع أحد الشريكين حصته من اثنين دفعة أو تدريجا فصارت العين بين ثلاثة بعد البيع لا مانع من الشفعة للشريك الآخر(٢٥).

ويجوز حينئذ له التبعيض بأن يأخذ بالشفعة بالنسبة إلى أحد

الصادقعليه السلام: «سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه ـ الحديث ـ»(١)، إلى غير ذلك مما يمكن أن يستفاد منه ثبوتها بين أكثر من اثنين أسقطها عن الاعتبار موافقتها للعامة وإجماع الإمامية على الخلاف، وقصور سند بعضها، وإمكان الحمل على ان المراد بالشركاء أقل الجمع وهو اثنان إلى غير ذلك من المحامل الممكنة.

(٢٤) لإطلاق الأدلة الشامل لكل واحد من الفرضين.

(٢٥) لأن المنساق من الأدلة والفتاوي عدم الشفعة مع الكثرة السابقة على إنشاء البيع كما إذا كان الشيء مشتركا بين ثلاثة مثلا فباع أحدهم نصيبه لا ما إذا كانت لا حقة عليه. واختار ذلك جمع منهم الشهيد، وعن الفاضل في القواعد المفروغية عن صحته.

وتوهم شمول الإطلاق لهذه الصورة أيضاً.

فاسد: فإن قولهعليه السلام في خبر يونس: «إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره»ظاهر بل نص في ان المناط على الشركة المجوزة للشفعة والمانعة عنها انما هو قبل إنشاء البيع لا ما حصلت بعده.

وأما قول أبي عبدالله في صحيح ابن سنان المتقدم: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»فلا يدل على عدم الشفعة في المقام بدعوى: ان المراد بالصيرورة مطلقها حتى تشمل بعد

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة :٧.

المشتريين دون الآخر[٢٦]، ولكن الأحوط ان يكون أصل الشفعة والتبعيض فيها بالتراضي[٢٧].

(مسألة ٧): إذا كانت العين مشتركا بين الوقف والملك المطلق وبيع الطلق لم يكن للموقوف عليه ولو كان واحدا ولا لولي الوقف الشفعة[٢٨].

نعم لو بيع الوقف في صورة جوازه تثبت لذي الطلق[٢٩] إلا إذا كان الوقف على أشخاص بأعيانهم وكانوا متعددين[٣٠] ولكنه مشكل[٣١].

(مسألة ٨): يعتبر في ثبوت الشفعة كون الشفيع قادرا على أداء الثمن، فلو كان عاجزا عن أدائه فلا شفعة له وان بذل الضامن أو

البيع أيضاً بل الظاهر ان لفظة «صاروا» بمعنى «كانوا» بقرينة غيره.

(٢٦) لتعدد البيع الموجب لتعدد الاستحقاق وليس ذلك من تبعيض حق الشفعة في البيع الواحد حتى لا يصح ذلك كما يأتي فلا وجه لقياس أحدهما على الآخر.

(٢٧) لما نسب إلى جمع من عدم جواز أصل الشفعة حينئذ ونسب إلى آخرين عدم التبعيض فيها على فرض الجواز مستندا إلى ما مر مع المناقشة فيه.

(٢٨) لأن المنساق من الأدلة انما هو ما إذا كان الشريك الذي تثبت له الشفعة مالكا لذات العين لا للتصرف فيه فقط، وقول المرتضى﵀ ثبوتها لولي الوقف غريب ودعواه الإجماع في هذه المسألة التي نسب عدم ثبوت الشفعة فيها إلى الأكثر أغرب.

(٢٩) لوجود المقتضى وفقد المانع حينئذ فتشمله الأدلة لا محالة. وما يتوهم: من احتمال انصراف الشفعة عن هذه الصورة «مخدوش» بأنه من الانصرافات البدوية التي لا اعتبار بها.

(٣٠) لما مر من اعتبار كون الشفعة بين الشريكين فقط.

(٣١) لاحتمال انصراف ما دل على نفيها فيما إذا تعدد الشركاء عن المقام

الراهن[٣٢]، إلا ان يرضي المشتري بالصبر[٣٣]، بل يعتبر فيها إحضار الثمن عند الأخذ بها[٣٤].

ولو اعتذر به في مكان آخر فذهب ليحضر الثمن فإن كان في البلد ينتظر ثلاثة أيام، وان كان في بلد آخر ينتظر بمقدار يمكن بحسب العادة نقل المال من ذلك البلد بزيادة ثلاثة أيام فإن لم يحضر الثمن في تلك

واختصاصه بما إذا كان الشركاء مالكا طلقا للذات، ولذا نسب الجواز إلى جمع منهم الشهيد والمحقق الثاني.

(٣٢) للأصل والاعتبارات العرفية، وظهور الاتفاق عليه، وفحوى خبر ابن مهزيار قال: «سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أ يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال عليه السلام: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام فإن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وان طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه وإلا فلا شفعة له»[١]، فإنه إما أن يكون المراد منه قبل إنشاء البيع من البائع فيدل على ما بعد إنشائه بالأولوية، واما أن يكون المراد بعده فيراد بطلب الشفعة من المشتري ويكون المراد بقوله: «إذا أراد بيعها أ يبيعها أو ينتظر» بتنجز البيع وإقراره فيدل على المقام بالمفاد المطابقي.

(٣٣) لأن هذا الشرط انما هو لمراعاة حق المشتري فإذا رضي بالصبر أو بأخذ الضامن أو بأخذ الرهن فقد أسقط حقه عن التعجيل فلا وجه لسقوط حق الشفعة لأنه بلا موجب حينئذ.

(٣٤) لأنه الظاهر من الفتاوي، والمنساق مما مر من خبر ابن مهزيار

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب الشفعة: ١.

المدة فلا شفعة له[٣٥] إلا أن يرضي المشتري بالصبر[٣٦] ويكفي في ثلاثة أيام التلفيق ومبدؤها من حين الأخذ بالشفعة لا من زمان البيع[٣٧]، والصبر إلى ثلاثة أيام أو الانتظار الى ان ينقل المال انما هو فيما إذا لم يتضرر المشتري وإلا فيدور مدار رضاه[٣٨] ولا فرق في ذلك كله بين كون اشتراء المشتري الحصة نقدا أو نسيئة[٣٩].

(مسألة ٩): يشترط في الشفيع الإسلام إذا كان المشتري مسلما، فلا شفعة للكافر على المسلم وان اشتراه من كافر وتثبت للكافر على مثله وللمسلم على الكافر[٤٠]

وتشهد له الاعتبارات العرفية أيضاً.

(٣٥) لما مر من خبر ابن مهزيار، مضافا إلى ظهور الإجماع.

(٣٦) لما تقدم من أن هذا الشرط لمراعاة حقه.

(٣٧) أما الأول فلظهور الإطلاق الشامل للملفق وغيره كما في نظائر المقام من أيام العادة والإقامة، وخيار الحيوان ونحوها. واما الثاني فلظاهر خبر ابن مهزيار.

(٣٨) لأنه المتيقن من مورد إجماعهم على هذا الشرط وهو المنساق من النص بعد تحكم قاعدة نفي الضرر عليه.

(٣٩) لإطلاق النص والفتاوى الشامل لكل منهما.

(٤٠) أما الأول: فللنص، والإجماع قال علي عليه السلام في خبر طلحة بن زيد: «ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة»[١]، وفي موثق السكوني عن الصادق عليه السلام: «ليس لليهودي والنصراني شفعة»[٢]، والمراد منه على المسلم وظاهرهم الإجماع على إلحاق سائر أقسام الكفر بهما واستدلوا عليه بقوله تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اَللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى اَلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[٣]، وبحديث: «إن الإسلام يعلو ولا

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشفعة: ١.

(٣) سورة النساء: ١٤١.

(مسألة ١٠): تثبت الشفعة للغائب فله الأخذ بها بعد اطلاعه على البيع ولو بعد زمان طويل(٤١).

وإذا كان له وكيل مطلق أو في خصوص الأخذ بالشفعة جاز له الأخذ بالشفعة للموكل مع اطلاعه على البيع(٤٢).

(مسألة ١١): تثبت الشفعة للشريك وان كان سفيها أو صبيا أو مجنونا(٤٣) فيأخذ لهم الولي(٤٤)، بل إذا أخذ الصبية أو الصبي بإذن الولي صح(٤٥).

يعلى عليه»[١]، وفي إجماعهم كفاية لإمكان الخدشة في دلالة الآية والرواية وقد تقدم في بيع العبد المسلم من الكافر ما ينفع المقام[٢]، فراجع.

وأما الثاني: فلظهور الإطلاق والاتفاق.

وأما الأخيران: فلإطلاق الأدلة والإجماع بل الضرورة.

(٤١) للإطلاق، والإجماع، وخصوص قول علي عليه السلام في ما تقدم من خبر السكوني: «للغائب شفعة»[٣]، وأما ثبوته له ولو بعد زمان طويل فللأصل والإطلاق وظهور الاتفاق بعد عدم تمكنه للأخذ بها مباشرة أو تسبيبا.

(٤٢) لاقتضاء دليل وكالته ذلك، مضافا إلى الإجماع على الجواز.

(٤٣) لإطلاق الأدلة الشامل للجميع، مضافا إلى قول علي عليه السلام: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة»[٤].

(٤٤) لولايته على جميع أمورهم التي يكون المقام منها.

(٤٥) لأنهما بمنزلة الآلة للولي كما في سائر التصرفات المالية في مالهما بإذنه، كما تقدم في كتاب البيع.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب موانع الإرث حديث: ١١.

(٢) تقدم في ج: ١٦ صفحة: ٣٨٥.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشفعة: ٢.

(٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشفعة: ٢.

(مسألة ١٢): تثبت الشفعة للمفلس إذا رضي المشتري ببقاء الثمن في ذمته أو استبدال الثمن من غيره أو دفعه من ماله بإذن الغرماء[٤٦]. وليس للغرماء الأخذ بها ولا إجبار المفلس عليه وان بذلوا الثمن[٤٧].

(مسألة ١٣): لو أسقط الولي على الصبي أو المجنون أو السفيه حق الشفعة لم يكن لهم المطالبة بها بعد البلوغ والرشد والعقل[٤٨]، وكذا إذا لم يكن في الأخذ بها مصلحة فلم يطالب[٤٩]، ولو ترك المطالبة بها مساهلة في حقهم لهم المطالبة بعد الكمال[٥٠].

(مسألة ١٤): إذا كان المبيع مشتركا بين الولي والمولى عليه فباع الولي عنه جاز له أن يأخذ بالشفعة، وكذا إذا باع الولي عن نفسه فإنه يجوز

---

(٤٦) لوجود المقتضى للثبوت وهو الشركة وفقد المانع بعد تحقق ما ذكر.

(٤٧) لأصالة عدم هذا الحق لهم وتعلق حقهم بماله لا يستلزم ثبوت حق لهم بالشفعة والإجبار بوجه من الاستلزام.

(٤٨) لوقوع الاسقاط عن أهله وفي محله فيؤثر أثره لا محالة فلا موجب لعوده بعد ذلك بحدوث كمال الشريك.

(٤٩) لعدم الموضوع لحدوث حق الشفعة حينئذ للشريك فلا يثبت من أصله، فلا موجب لحدوثها بعد ذلك هذا بناء على اعتبار المصلحة في تصرفات الولي وان اكتفينا بمجرد عدم المفسدة فيسقط مع المفسدة في الأخذ بها مع عدمها.

ولكن يظهر مما نسب إلى الشيخ رحمه الله في الخلاف عدم السقوط حينئذ بعد الكمال، للإطلاقات والاستصحاب، ولأن ترك الولي للأخذ بها لا يلازم سقوطها عن المولى عليه بوجه من الملازمة بعد صحة التأخير في الأخذ بالشفعة في الجملة في المقام وهو حسن إن لم يكن مخالفا للمشهور.

(٥٠) للأصل، والإجماع بعد أن كان التأخير لعذر ـ وهو عدم كمال

له ان يأخذ بالشفعة للمولى عليه، وكذا الحكم في الوكيل إذا كان شريكا مع الموكل(٥١).

(مسألة ١٥): لو اشترى عامل المضاربة ما يكون مشتركا بين صاحب المال في المضاربة وبين شخص آخر بحيث يصير صاحب المال هو الشفيع يملكه صاحب المال بنفس الشراء لا بالشفعة(٥٢).

(مسألة ١٦): يثبت حق الشفعة بمجرد وقوع المعاملة سواء كان بالعقد اللفظي أو بالمعاطاة(٥٣) ولا يتوقف على انقضاء الخيار

الشريك ـ فأصل الحق ثابت من الأول واعماله يتوقف على رفع المانع ومقتضى إطلاق النص والفتوى هو الثبوت. ولو تضرر المشتري بذلك يمكن تدارك ضرره بالخيار.

(٥١) كل ذلك لإطلاق أدلة الشفعة، وما دل على صحة تصرفات الولي فيما يتعلق بمال المولى عليه والوكيل فيما يتعلق بمورد وكالته مع ظهور الاتفاق على ذلك كله.

(٥٢) لفرض انه اشترى بعين ماله فلا موضوع للشفعة حينئذ لأنها للشريك على المشتري لا للمشتري نفسه.

وما عن جامع المقاصد من انه لا يمتنع ان يستحق الملك بالشراء ثمَّ بالشفعة إذ لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد. لأن علل الشرع معرفات (واضح الفساد) كما في الجواهر، وقد أثبتنا في الأصول ان قضية علل الشرع معرفات لا أصل لها لا من العقل ولا من النقل بل العلل غير الشرعية تكون معرفات تارة وحقيقة أخرى.

هذا إذا لم يظهر الربح فلا حق للعامل إلا أجرة عمله فقط، وأما لو ظهر وقلنا بملكه بمجرد الظهور فيصير العامل شريكا للمالك بقدر حصته من الربح.

(٥٣) لإطلاق الأدلة، ولأنه مسبب عن انتقال الملك إلى المشتري فتترتب عليه آثاره ولوازمه ولا نزاع في البين إلا ممن يقول بأن الملكية تحصل بانقضاء

مطلقا(٥٤).

(مسألة ١٧): حق الشفعة من الحقوق القائمة بطرف واحد وهو الشفيع ولا يحتاج إلى قبول الطرف ولا التقابض فهو مثل حق الخيار إنشاء إيقاعي لا أن يكون عقدا(٥٥). فيحصل الأخذ بها بكل لفظ له ظهور عرفي في ذلك ولو بقرينة وبكل فعل كان كذلك(٥٦)، فالقول مثل ان يقول: «أخذت المبيع المذكور بثمنه» و الفعل مثل ان يدفع الثمن ويستقل بالمبيع(٥٧).

الخيار لا بمجرد العقد وهو نزاع صغروي تقدم بطلانه في أحكام الخيار[1].

(٥٤) لعدم دليل عليه من عقل أو نقل بعد ان أبطلنا توقف حصول الملكية على انقضاء الخيار، وقلنا بأنها تحصل بمجرد العقد. نعم، استقرارها يتوقف على انقضاء الخيار.

(٥٥) لظواهر الأدلة كقول أبي عبدالله عليه السلام في ما تقدم: «فشريكه أحق به من غيره»[2]، وقول علي عليه السلام: «للغائب شفعة»[3]، وقوله عليه السلام أيضاً: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة»[4]، وصرح بذلك جمع من الفقهاء ويظهر من آخرين أيضاً، وتقتضيه أصالة عدم اعتبار شيء آخر فيه بعد ظهور الإطلاقات والعمومات الواردة في مقام البيان.

(٥٦) لما تقدم في إعمال حق الخيار من ان ظواهر الأقوال والأفعال حجة معتبرة في المحاورات العقلائية يعتمد عليها في الاحتجاجات وغيرها.

(٥٧) لأن ظهور كل منهما في اعمال هذا الحق مما لا ينكر عرفا، وكذا نظائرهما من الألفاظ والافعال الظاهر ظهورا عرفيا في هذا العنوان الخاص.

---

(١) تقدم في ج: ١٧ صفحة: ٢٤٩.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة: ٢.

(٣) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشفعة: ٢.

(٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشفعة: ٢.

(مسألة ١٨): لا يجوز للشفيع أخذ بعض المبيع وترك بعضه، بل أما ان يأخذ الجميع أو يدع الجميع(٥٨).

(مسألة ١٩): الشفيع يأخذ بقدر الثمن لا بأكثر منه ولا بالأقل(٥٩)، ولا يلزم ان يأخذ بعين الثمن(٦٠) بل له ان يأخذ بمثله إن كان مثليا(٦١). وبالقيمة إن كان قيميا(٦٢).

---

(٥٨) لانسباق ذلك من الأخبار، وظهور إجماعهم عليه، وقول النبي صلى الله عليه وآله في ذيل بعض أخبار الشفعة: «لا ضرر ولا ضرار»[١]، إذ قد يتضرر المشتري بذلك، وقوله صلى الله عليه وآله حكمة الجعل لا أن يكون علة الحكم المجعول حتى يدور الحكم مداره، ولو كان التبعيض برضاء المشتري فالأحوط أن يقع ذلك بعنوان المصالحة لا الشفعة، لاحتمال عدم صحة التبعيض فيها ولو برضاء المشتري.

(٥٩) للنص والإجماع، قال أبو عبدالله عليه السلام في خبر الغنوي: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها بالثمن»[٢].

(٦٠) للقطع بعدم اعتبار ذلك، وتقتضيه سيرة المتشرعة بل العقلائية مضافا إلى تعذر ذلك.

(٦١) لأنه المنساق مما مر من قوله عليه السلام: «بالثمن»أي: بقدره وهذا التعبير ورد في نصوص الفريقين والعرف والعقل والإجماع يشهد بذلك أيضاً فلا وجه لقول من قال انه يعتبر في الشفعة رد عين الثمن الذي اشترى به.

(٦٢) للإطلاقات، والعمومات، وإطلاق قوله عليه السلام: «بالثمن»أي بقدره في المالية فيشمل القيمي أيضاً، واختار هذا القول جمع منهم الشيخين في المقنعة والمبسوط والشهيدين والفاضل في جملة من كتبه ونسب إلى الأكثر، وعن جمع سقوط الشفعة في القيمي منهم الشيخ في خلافه، وخلاصة أدلتهم ثلاثة:

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الشفعة.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشفعة.

و الأحوط التراضي(٦٣)، والمرجع في المثلية والقيمية متعارف أهل الخبرة(٦٤).

(مسألة ٢٠): إذا غرم المشتري شيئا من أجرة الدلال أو غيرها أو تبرع له البائع بشيء لايلزم على الشفيع تداركه وكذا إذا حط البائع شيئا من

الأول: أصالة عدم ثبوتها إلا في المتيقن وهو المثلي.

الثاني: دعوى الشيخ (ﷺ) الإجماع في الخلاف على السقوط.

الثالث: خبر ابن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبز وجوهر قال عليه السلام: ليس لأحد فيها شفعة»[١].

الكل مردود أما الأصل فبالإطلاقات والعمومات الواردة في مقام التسهيل والامتنان. وأما الإجماع فلا اعتبار به لمخالفة ناقله له في مبسوطه ونسب في المسالك عدم السقوط إلى الأكثر، وفي الدروس نسبه إلى المشهور. وأما الخبر فليس له ظهور في أن عدم الشفعة كان لأجل ان الثمن قيمي فلعله كان لأجل عدم الشريك أو لجهة أخرى والمنساق منه بقرينة الأنس بمذاق أئمة الدين ان المشتري صرف جميع أمواله في اشتراء هذا الدار وتفرد بها لنفسه فنفى عليه السلام الحكم مشيرا به إلى نفي الموضوع.

(٦٣) ظهر وجه الاحتياط مما تقدم فلا وجه للتكرار.

(٦٤) لأنهما ليسا من الموضوعات التعبدية الشرعية ولا من الموضوعات المستنبطة حتى يرجع في تعيينهما إلى الفقيه، بل من الأمور العرفية فلا بد وان يرجع فيها إلى ثقات خبراء العرف في كل شيء وقد تقدم بعض الكلام فيهما في كتاب البيع عند بيان المقبوض بالعقد الفاسد[٢].

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب الشفعة حديث :١.

(٢) راجع ج: ١٦ صفحة :٢٦٩.

الثمن للمشتري أو احتسب له من الحقوق ليس للشفيع تنقيصه(٦٥).

نعم لو تصالحا على شيء زيادة أو نقيصة مع قطع النظر عن الشفعة لا بأس به(٦٦).

(مسألة ٢١): لو اطلع الشفيع على البيع فله المطالبة بها في الحال(٦٧)، وتبطل الشفعة بالمماطلة والتأخير بلا داع عقلائي وعذر شرعي أو عقلي أو عادي(٦٨). بخلاف ما إذا كان التأخير لعذر من الأعذار ـ كعدم اطلاعه على البيع، أو عدم كون المخبر به ثقة لديه، أو جهله بثبوت حق الشفعة له، أو توهم كثرة الثمن فبان قليلا، أو كونه بحيث يصعب عليه

---

(٦٥) لظاهر قوله عليه السلام: «فشريكه أحق به من غيره بالثمن»[١] مضافا إلى ظهور الإجماع عليه.

(٦٦) لأنه حينئذ خارج عن حقيقة الشفعة فيشمله عموم دليل جواز الصلح.

(٦٧) لإطلاق الأدلة الشامل لأول زمان اطلاعه على هذا الحق، وظهور الإجماع على ان الإهمال والمماطلة مع عدم العذر مسقط لهذا الحق، بل لا نحتاج إلى الإجماع لأن الظاهر كونه من المسلمات العرفية العقلائية أيضاً لأن إبقاء ملك المشتري على التزلزل بلا داع عقلائي وغرض عرفي نحو ضرر وظلم بالنسبة إليه ويستقبح ذلك كله، فالفورية في حق الشفعة ليست قيدا لذات الشفعة كسائر الموارد التي تعتبر فيها الفورية بل مرجعها إلى مبطلية الإهمال لها بلا غرض صحيح كما يظهر ذلك من مجموع كلماتهم فراجع المطولات.

(٦٨) لما مر من ان الإهمال بلا عذر والمماطلة في التأخير من دون جهة مسقط لها لا أن تكون الفورية معتبرة فيها وهذا هو المتحصل من مجموع

---

(١) الوسائل باب: ٧ من أبواب الشفعة: ٢.

تحصيله إلى غير ذلك من الأعذار التي لا تحصى ـ ففي جميع موارد التأخير لعذر أي عذر كان نثبت الشفعة(٦٩).

(مسألة ٢٢): المراد بالمبادرة اللازمة في الأخذ بالشفعة هو المبادرة على النحو المتعارف الذي جرت به العادة، فإذا كان مشغولا بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها، وإذا كان مشغولا بأكل أو شرب لم يجب عليه قطعه ولا يجب عليه الإسراع في المشي، ويجوز له إن كان غائبا انتظار الرفقة إذا احتاج إليها عرفا أو انتظار زوال الحر أو البرد إن جرت العادة بذلك، وان كان في الحمام وعلم بالبيع يجوز له قضاء وطره وأمثال ذلك

الكلمات بعد التأمل فيها، وقال في الجواهر ونعم ما قال: «من اقتضاء إطلاق الأدلة ثبوت حقه مطلقا، ولكن خرج منه صورة الإهمال مع عدم عذر أصلا فما لم تتحقق فهو على حقه ومنه يعلم حكم حال الشك وليس القائل بالفورية يقول أن الشفعة الثابتة هي التي على جهة الفورية على وجه تكون الفورية قيدا لها وان الاعذار المزبورة كالمستثنى منها ضرورة عدم دليل له لا على المستثنى ولا على المستثنى منه، بل ذكره للأعذار المزبورة غير مشير إلى دليل مخصوص في شيء منها كالصريح فيما قلنا بل ذكر غير واحد من الأصحاب عدم وجوب الاشهاد على العذر بل في المسالك لا يجب عندنا مشعر بالإجماع عليه يشهد لذلك أيضاً».

أقول: ويشهد للتوسعة فيها ما مر من خبر ابن مهزيار من الإمهال ثلاثة أيام لمن كان في المصر بالنسبة إلى إحضار الثمن وانه إذا ادعى غيبته في بلد آخر ينتظر مع ذلك مقدار ذهابه وإيابه[1].

(٦٩) لما تقدم من عدم الدليل على الفورية الخاصة المعهودة في سائر

---

(١) تقدم في صفحة :١٣٧.

من الأمور المتعارفة، وكذا مثل تشييع الجنازة وعيادة المريض، والإتيان بالنافلة ونحو ذلك مما لا يصدق عليها المماطلة عرفا، ومع صدق المماطلة تسقط ومع الشك فيها تثبت[٧٠].

(مسألة ٢٣): يجوز للمشتري والشفيع ان يتراضيا بتأخير الأخذ بالشفعة بما شاءا وأرادا[٧١].

(مسألة ٢٤): إذا كان الشفيع غائبا عن محل البيع وعلم بوقوعه وكان يتمكن من الأخذ بالشفعة مباشرة أو تسبيبا فلم يبادر إليه سقطت الشفعة[٧٢].

(مسألة ٢٥): يقبل قول الشفيع في وجود العذر بلا بينة ولا يمين ما لم يكن متهما من غير فرق بين ما لا يعرف إلا من قبله وغيره[٧٣].

الموارد بل المناط عدم صدق المماطلة والتسامح.

(٧٠) أما السقوط مع صدق المماطلة فللإجماع، ولقاعدة الضرر. وأما الثبوت مع الشك فللاستصحاب.

(٧١) لأن السقوط بالمماطلة انما هو لمراعاة المشتري وهذه الفورية نحو حق له على الشفيع فيصح للمشتري الإذن في التأخير. نعم، لو كان من الحكم الشرعي فلا يجوز ولكن الأحوط أن يكون ذلك بصلح مستقل خارج عن حد الشفعة، لاحتمال ان يكون حكما لا حقا فبالصلح ينتفي أصل موضوع الشفعة ويحدث موضوع آخر حينئذ.

(٧٢) لصدق المماطلة والتسامح إلا إذا أبدى عذرا فيقبل قوله فيه.

(٧٣) نسب ذلك إلى ظاهر الأصحاب، لإطلاق أدلة ثبوت حقه مطلقا وخرج منه صورة إحراز الاتهام والإهمال بلا عذر أصلا فما لم يحرز ذلك فهو على حقه ومقتضى ظاهر حال المسلم وحمل تأخيره في الأخذ بها على الصحة انه ليس في مقام تضييع حق المشتري والإضرار به.

(مسألة ٢٦): تقدم انه يتحقق الأخذ بالشفعة بالقول كما يتحقق بالفعل، ولكن لا يكفي مجرد القول من دون ترتب أثر عليه، فلو أخذ بها قولا وهرب أو ماطل أو لم يقدر على دفع الثمن بقي المبيع على ملك المشتري لا أنه ينتقل بالقول الى ملك الشفيع وبالعجز أو الهرب أو المماطلة يرجع إلى ملك المشتري(٧٤).

(مسألة ٢٧): يجوز للمشتري التصرف في المبيع بكل ما شاء وأراد(٧٥) ولا يمنع حق الشفعة عن ذلك(٧٦) ولا يسقط بذلك حق الشفيع(٧٧).

---

(٧٤) لأصالة بقاء الملك على ملك المشتري وعدم موجب لانتقاله إلى الشفيع وليس للقول من حيث هو موضوعية خاصة وانما هو طريق لعدم تحقق المماطلة وعدم تضييع حق المشتري والمفروض تحقق ذلك فيصير القول لغوا محضا.

هذا مضافا إلى ظهور الإجماع على السقوط، وهذا معنى قول الفقهاء : لابد في الأخذ بالشفعة من استحضار الثمن، أي يعتبر في ترتيب الأثر على القول عدم تحقق مماطلة وتضييع في البين والا فنفس الاستحضار الخارجي للثمن من حيث هو عند الأخذ بالشفعة قولا لا دليل عليه كما فصل في المطولات.

(٧٥) لقاعدة الناس مسلطون على أموالهم، واقتضاء الملكية الحاصلة بنفس العقد لذلك وإطلاقات الأدلة وظهور الإجماع.

(٧٦) للأصل بعد عدم دليل عليه، فهو كتعلق حق الدين بالشركة الذي لا يمنع عن تصرف الورثة فيها بما شاءوا وأرادوا مضافا إلى إجماع المسلمين إلا ممن لا يعبأ بقوله من العامة.

(٧٧) للأصل، والإطلاق، والاتفاق.

(مسألة ٢٨): لو باع المشتري ما اشتراه من الشريك كان للشفيع الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن فيبطل شراء الثاني(٧٨)، وله الأخذ من الثاني بما بذله من الثمن فيصح الأول(٧٩)، وكذا لو زادت البيوع على اثنين فإن له الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن فتبطل البيوع اللاحقة، وله الأخذ من الأخير بما بذله من الثمن فيصح جميع البيوع المتقدمة وله الأخذ من الوسط فيصح ما تقدم ويبطل ما تأخر(٨٠).

---

(٧٨) أما الأخذ من المشتري الأول فلأدلة ثبوت حق الشفعة من الإجماع والسنة كما تقدم.

وأما بطلان الشراء الثاني فلانتقال العين إلى الشفيع بحق الشفعة فلا يبقى موضوع لصحته حينئذ، نعم للشفيع اجازته فيصير صحيحا بالنسبة إليه.

(٧٩) أما الأخذ من الثاني فلإطلاق أدلة الشفعة، وإطلاق قولهﷺ: «فهو أحق بها بالثمن»[١]، الشامل لكل بيع ورد على العين المشترك واحدا كان أو متعددا فحق الشفعة ثابت مع التعدد كثبوته مع الوحدة.

وأما صحة البيع الأول فلوجود المقتضى وفقد المانع، لأن ما يتوهم فيه انما هو تعلق حق الشفيع، والمفروض أنه أعمل حقه وظفر بقصده والرضاء بكل لا حق يستلزم الرضاء بسابقه.

(٨٠) لكون الحكم مطابقا للقاعدة، لأن بالأخذ بها ينقل المال الى الشفيع فإذا كان في الأخير تصح البيوع المتقدمة، لما مر من وجود المقتضى وفقد المانع عن الصحة، وإن كان في الأول أو الوسط لا موضوع لصحة البيوع اللاحقة وقد تقدم مثله في ترتب الأيادي المتعاقبة على مال الغير في بيع الفضولي فراجع.

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشفعة.

ثمّ انه لو باعه الشريك إلى المشتري الأول بعشرة ـ مثلا ـ وباعه المشتري الى آخر بعشرين وباعه الآخر بثلاثين، فبأي مشتري يرجع الشفيع يلزم عليه إعطاء ثمنه الذي اشتراه به فإن رجع إلى الثاني يلزمه إعطاء عشرين وإلى الثالث ثلاثين(٨١).

(مسألة ٢٩): لو تصرف المشتري فيما اشتراه بغير البيع ـ كالوقف والهبة ونحوهما ـ مما لا شفعة فيه فللشفيع الأخذ بالشفعة فيبطل ذلك كله(٨٢).

(مسألة ٣٠): لو تلف المبيع تماما بحيث لم يبق منه شيء أصلا سقطت الشفعة(٨٣)، وان بقي منه شيء كالدار إذا انهدمت وبقيت

---

(٨١) لإطلاق قوله عليه السلام: «فهو أحق بها بالثمن»[١]، الشامل لجميع ذلك فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأول بعشرين ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين الى الثاني ولو أخذ الثالث صح جميع العقود ودفع ثلاثين، وهكذا في جميع العقود المترتبة.

(٨٢) لسبق حقه فتكون صحة ذلك كله منوطا بعدم الأخذ بالشفعة مضافا إلى ظهور إجماعهم على أن له ابطالها بالأخذ بالشفعة فيكون الترتيب بين الأخذ بالشفعة وبطلانها ترتبا ذاتيا لا زمانيا كما هو كذلك بين كل معلوم وعلته. هذا بناء على أن الأخذ بالشفعة موجب لبطلانها، وأما انه يكشف عن بطلان أصلها فالأمر أوضح لانكشاف وقوعها في متعلق حق الغير بلا رضاء منه فلا بد من البطلان لا محالة. نعم له إنفاذ أي منها شاء وأراد.

(٨٣) لانتفاء الموضوع فلا موضوع حتى يتعلق به الحق واحتمال تعلق الحق بأصل المالية أعم من العين أو المثل والقيمة كما في الفسخ عند تلف

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشفعة.

عرصتها وأنقاضها أو عابت لم تسقط الشفعة، فللشفيع الأخذ بها وانتزاع ما بقي منها من العرصة والانقاض مثلا بتمام الثمن أو الترك من دون ضمان على المشتري(٨٤).

(مسألة ٣١): لو كان التلف بعد الأخذ بالشفعة وكان بفعل المشتري ضمنه(٨٥)، وكذا إذا كان بفعل الغير مع أخذ الشفيع بالشفعة ومماطلة المشتري في الإقباض(٨٦).

متعلقه خلاف المنساق من أدلة المقام ويحتاج إلى دليل وهو مفقود، بل الأصل عدمه.

(٨٤) للأصل، والنص، والإجماع ففي مرسل ابن محبوب ـ الذي اعتمد عليه المشهور ـ قال: «كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائبا فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق [جارف] فهدمها وذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كاملا الذي نقد في ثمنها فقال له: ضع عني قيمة البناء فإن البناء قد تهدمت وذهب به السيل ما الذي يجب في ذلك؟ فوقّع عليه السلام: ليس له إلا الشراء والبيع الأول ان شاء الله»[١]، ويقتضيه إطلاق قول أبي عبدالله عليه السلام: «إذا كان شريكا فهو أحق بها بالثمن»[٢].

واحتمال أن الانقاض صارت منقولة بالانهدام فلا تتعلق بها حق الشفعة «باطل»لتعلق الحق بها وهي غير منقولة فيستصحب.

(٨٥) لصيرورة الحصة ملكا للشفيع بالأخذ بالشفعة فوقع الإتلاف من المشتري لملك الشفيع فيجب عليه الضمان، لقاعدة الإتلاف.

(٨٦) لأن المشتري صار سببا لتلف مال الشفيع فالضمان عليه وهو يرجع

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب الشفعة :١.
(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشفعة.

و أما مع عدم مماطلته في ذلك فيرجع الى من أتلفه(٨٧)، وكذا الكلام في أرش العيب لو تعيبت الحصة(٨٨).

(مسألة ٣٢): لا يشترط في الأخذ بالشفعة علم الشفيع بالثمن حين الأخذ، فلو قال بعد اطلاعه عليها: «أخذت بالشفعة بالثمن بالغا ما بلغ» صح ان علم بعد ذلك(٨٩).

الى المتلف ويصح رجوع الشفيع إلى المتلف أيضاً، لأن قرار الضمان عليه.

(٨٧) لفرض عدم حصول شيء من المشتري يوجب ضمانه وجريان قاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» في المقام مشكل بل ممنوع، لأن الشفعة ليست بيعا ولا معاوضة وانما هو نحو حق إيقاعي فقط كما تقدم.

(٨٨) لأن ما قلناه مطابق للقاعدة فلا بد من إجرائها في جميع صغرياتها هذا خلاصة ما ينبغي ان يقال في المقام. وأما كلمات الأعلام فقال في الجواهر ولقد أجاد ونعم ما قال: «و من التأمل فيما ذكرناه يظهر التشويش في المقام في جملة من عبارات الأساطين كالفاضل والشهيدين وغيرهم» فراجعها تجدها كما قال رحمه الله.

(٨٩) للأصل، والإطلاق، وعدم كونها بيعا حتى تعتبر فيها شروط البيع فهو نحو حق إيقاعي يعمل ويئول بعد ذلك إلى المعلومية وعلى فرض شمول دليل النهي عن الغرر(١)، للشفعة فالمنساق منه الغرر المستقر لا الذي يئول إلى العلم قريبا وعند ترتب الأثر خارجا.

ولكن نسب إلى المشهور اعتباره حين الأخذ بها فلا تصح مع الجهل وان آل إلى العلم بعد ذلك، واستدل عليه..

تارة: بأنه غرر منهي عنه(٢).

---

(١) تقدم في ج: ١٦ صفحة :٣٤٧ـ ٣٥١.

(٢) تقدم في ج: ١٦ صفحة :٣٤٧.

ولكن الأحوط اعتبار علمه به(٩٠).

(مسألة ٣٣): الشفعة موروثة(٩١).

وأخرى: بأن الثمن يزيد وينقص والأغراض تختلف فيه قلة وكثرة.

وثالثة: بأن الشفعة على خلاف الأصل والمتيقن من ثبوتها صورة العلم بالثمن.

ورابعة: بأنه المنساق من نصوصها كما تقدم.

وخامسة: بأنه لا بد من دفعه حين الأخذ بها ولا يمكن دفع المجهول.

وسادسة: بدعوى الإجماع على اعتبار العلم به.

والكل مخدوش. أما الأول فلما مر من عدم كونه غررا مع الأول إلى العلم حين تفريغ الذمة وعلى فرضه فالغرر المنهي عنه انما هو في البيع والمعاوضات دون الايقاعيات.

وأما الثاني فهو عبارة أخرى عن الأول فلا وجه لذكره مستقلا.

وأما الثالث فلأنه مع وجود الإطلاق والعموم لا وجه للأخذ بالمتيقن.

وأما الرابع فلأنه من مجرد الدعوى. نعم، هو نحو احتمال في الأدلة لا تبلغ مرتبة الظهور.

وأما الخامس فيدفع كل ما يرتضيه المشتري. مضافا إلى ما تقدم في معنى استحضار الثمن فراجع.

وأما الأخير فعهدته على مدعيه ولو كان ثابتا لما تمسكوا بهذه الوجوه المخدوشة.

(٩٠) خروجا عن مخالفة ما نسب إلى ظاهر المشهور.

(٩١) لعموم أدلة الإرث كتابا، وسنة، خصوصا قوله صلى الله عليه وآله: «ما تركه الميت من حق فهو لوارثه»[١]، ولو لم يكن لفظ الحق فيه كفانا إطلاق كلمة «ما»، مع انه

---

(١) لم نعثر عليه في المجامع للأحاديث ولكن الشهيد «رحمه الله» ذكره في المسالك ج: ٢ كتاب الشفعة ط: الحجريه.

و الاحتياط في التراضي(٩٢)، وإذا أخذ جميع الورثة بالشفعة يقسم المشفوع بينهم على ما فرضه الله تعالى في المواريث(٩٣)، فلو خلف زوجة وابنا كان الثمن لها والباقي له ولو خلف ابنا وبنتا كان للذكر مثل حظ الأنثيين(٩٤)، وليس لبعض الورثة الأخذ بها ما لم يوافقه الباقون(٩٥).

نعم لو عفى بعضهم وأسقط حقه كانت الشفعة لمن لم يعف ويكون

قد ادعى المرتضى وابن إدريس الإجماع على انها موروثة.

ولكن نسب إلى جمع انها غير موروثة لخبر طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله، قال: لا يشفع في الحدود، وقال: لا تورث الشفعة»[١]، وهو موافق لجمع من العامة[٢]، ومخالف للمعروف بين الإمامية، فكيف يعتمد عليه في مقابل العمومات من الكتاب والسنة ودعوى الإجماع من السيد والحلي.

(٩٢) ظهر وجه مما مر.

(٩٣) لإطلاق أدلة المواريث من السنة والكتاب وإجماع الأصحاب على أن المشفوع يقسم على ما فرضه الله تعالى في الكتاب، ولأن الوارث يأخذ المال من مورثه فتجري فيه فرائض الله تعالى لا أن يأخذه من حيث انه شريك مستقل يأخذ بالشفعة من المشتري حتى يكون التقسيم على الرؤوس.

(٩٤) لأن هذا هو الفريضة الإلهية في القرآن العظيم وما فصله خلفاؤه في السنة المباركة والتقسيم على الرؤوس يحتاج إلى دليل وهو مفقود.

(٩٥) للزوم التبعيض على المشتري وقد مر عدم جوازه بل اللازم إما أن يأخذ الجميع أو يدعه كذلك.

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الشفعة.

(٢) راجع المغني لابن قدامة كتاب الشفعة صفحة :٥٣٦.

العافي كأن لم يكن رأسا(٩٦).

(مسألة ٣٤): إذا باع الشفيع نصيبه قبل ان يأخذ الشفعة يسقط حقه خصوصا إذا كان بعد علمه بها(٩٧).

(مسألة ٣٥): لو أسقط الشفيع حقه قبل البيع لم يسقط(٩٨).

---

(٩٦) لأن عفو العافي إنما يسقط استحقاق نفسه لنصيبه المعين من المال لا أنه يسقط أصل حق الشفعة رأسا بحيث تصير الشفعة كأن لم تكن أصلا فيبقى تمام حق الشفعة لباقي الورثة، لما تقدم من انه لا تبعيض في حق الشفعة فيأخذ الباقي بالجميع ويقسمون المال على حسب الفريضة بينهم بالسهام المفروضة ويصير العافي كأن لم يكن لفرض انه أسقط حقه من التركة ويظهر من ذلك انه لا وجه لتردد المحقق﴿ في الشرائع.

(٩٧) لأن الشركة علة للشفعة فمع زوالها لا موجب لحدوث المعلول فتكون مما حدث بلا علة وهو محال.

واحتمال انها علة للشفعة بنحو الإهمال في الجملة لا العلة الحقيقية، لا دليل عليه من عقل أو نقل بل خلاف المتيقن في هذا الحكم المخالف للأصل، مع ان هذا الاحتمال خلاف ظواهر الأدلة، فراجع وتأمل.

(٩٨) لا نص معتبر في هذه المسألة يصح الاعتماد عليه في استظهار هذا الحكم فلا بد من تطبيقها على الاعتبارات الصحيحة حتى يتبين حكم المسألة، فنقول: المعروف بين الفقهاء انه لا يصح إسقاط ما لم يجب لأن صدق معنى الإسقاط والإزالة والإعدام لا بد له من اعتبار وجود شيء أولا، ثمَّ سقوطه بالإسقاط وزواله بالإزالة وانعدامه بالأعدام.

وبعبارة أخرى: هذه المعاني وألفاظها انما يراد بها رفع الموجود لا دفع ما سيوجد ومع عدم وجود شيء أو لا يكون استعمال مثل هذه الألفاظ لغوا وباطلا وهذا صحيح في الجملة ولا ريب فيه إجمالا ولكن الأقسام ثلاثة:

وكذا إذا شهد على البيع أو بارك للمشتري لكن الأحوط للمشتري استرضاء الشفيع(٩٩)، ولو كانت في البين قرينة على ان المراد الاسقاط

الأول: تحقق الشيء خارجا من كل حيثية وجهة ولا ريب في صحة تعلق الإسقاط والإزالة والاعدام به كما هو معلوم.

الثاني: عدم التحقق أصلا حتى بمرتبة الاقتضاء والاستعداد بحيث يكون الشيء معدوما من جميع الحيثيات والجهات أصلا ولا ريب في عدم صحة استعمال هذه الألفاظ وعدم صدق معانيها في المحاورات الصحيحة العرفية حينئذ إلا بنحو من المجاز والعناية.

الثالث: ثبوت المقتضي للتحقق مع عدم الوصول إلى مرتبة الفعلية الخارجية لجهة من الجهات والظاهر صحة الصدق حينئذ بلا عناية ومجاز وذلك لتحقق المقتضى (بالفتح) وثبوته بتحقق المقتضي (بالكسر) وثبوته واعتبار أزيد من ذلك منفي بالأصل، وحينئذ نقول: فمجرد الشركة مقتض للشفعة فيصح للشريك إسقاط الشفعة لتحقق مقتضيها وثبوتها ثبوتا اقتضائيا بثبوت أصل الشركة هذا بحسب الاعتبارات العرفية.

وأما الأخبار فيستفاد من الإطلاقات والعمومات الواردة في الباب ثبوت الحق الاقتضائي للشريك قبل البيع فيصح له الإسقاط، ويشهد لذلك النبوي المروي عن التذكرة: «الشفعة في كل مشترك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»[١]، وفي الدروس قال رسول الله ﷺ: «لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه»[٢]، وظهورهما في ثبوت الحق في الجملة قبل البيع مما لا ينكر.

(٩٩) وجه الاحتياط احتمال عدم كفاية الثبوت الاقتضائي في الإسقاط بل

---

(١) كنز العمال ج: ٧ كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) المغني لابن قدامة كتاب الشفعة ج: ٥ صفحة: ٤٦٠.

بعد البيع يصح وتسقط(١٠٠).

(مسألة ٣٦): يجوز ان يصالح الشفيع مع المشتري عن شفعته بعوض وبدونه(١٠١)، ويكون أثره سقوطها فلا يحتاج بعد إلى إنشاء مستقل(١٠٢) ولو صالح معه على إسقاطه أو ترك الأخذ بها صح أيضاً(١٠٣).

ولزم الوفاء به(١٠٤) ولو أثم ولم يف به وأخذ بالشفعة ففيما إذا كان مورد الصلح هو الإسقاط يصح أخذه بالشفعة مع الإثم(١٠٥) ولا يصح فيما إذا

لابد فيه من الثبوت الفعلي الخارجي ولكن إثباته بالدليل مشكل إلا دعوى انصراف الأدلة إليه.

(١٠٠) لوجود المقتضي وفقد المانع حينئذ فتسقط بلا إشكال.

(١٠١) لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «الصلح جائز بين المسلمين»[١]، وغيره الشامل لجميع ذلك.

(١٠٢) لأن الغرض الأولى من هذا الصلح والداعي إليه هو سقوط هذا الحق فلا وجه لبقائه بعد ذلك.

(١٠٣) لجواز الصلح في كل ما يكون فيه غرض عقلائي غير منهي عنه، ولا ريب في كون ما ذكر مما فيه غرض صحيح ولا نهي عنه.

إن قيل: إن مقتضى ذلك مشروعية الصلح ليفيد فائدة الطلاق والوقف والتحرير ونحو ذلك، كما ان في المقام يفيد فائدة الإسقاط (يقال): نعم لو لم يكن إجماع على عدم صحة الصلح فيما يفيد هذه الفوائد وإلا لقلنا بجريانه فيها أيضاً وترتب الأثر عليه.

(١٠٤) لعموم وجوب الوفاء بالعقود ويأتي انه من العقود اللازمة.

(١٠٥) لما ثبت في محله من انالنهي في غيرالعبادات لا يوجب الفساد إلا

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب أحكام الصلح :٢.

كان مورده ترك الأخذ بالشفعة(١٠٦).

(مسألة ٣٧): لو كانت العين مشتركة بين حاضر وغائب وكانت حصة الغائب بيد ثالث فباعها بدعوى الوكالة عن الغائب جاز الشراء منه والتصرف فيه بأنواع التصرفات(١٠٧)، ويجوز للشريك الحاضر الأخذ بالشفعة بعد اطلاعه على البيع(١٠٨)، فإذا حضر الغائب وصدق الوكيل فهو وان أنكر كان القول قوله بيمينه(١٠٩)، فإذا حلف انتزع الحصة من يد الشفيع وكان له عليه عوض المنافع الفائتة سواء كانت مستوفاة له أو لا(١١٠).

إذا كان نهيا عن أصل السبب أو عن العوضين والمقام ليس من أحدهما بل يكون من قبيل النهي عن البيع في وقت النداء.

(١٠٦) لأن الصلح وقع على ترك الشفعة وقد سقطت بنفس الصلح ولا وجه للأخذ بما هو ساقط لأنه لا يبقى موضوع للحق بعد إسقاطه.

(١٠٧) لاعتبار ظاهر يده ودعواه الوكالة من الدعوى بلا معارض فيقبل ما دام لم ينكشف الخلاف وبعد انكشاف الخلاف يعمل بحسب القواعد فيكون هذا الحكم ظاهريا ما داميا لا واقعيا حقيقيا كما في جميع الامارات والطرق التسهيلية الامتنانية إذا انكشف الخلاف.

(١٠٨) لما مر في سابقة من غير فرق لأن موضوع الأخذ بالشفعة انما هو الطرق الظاهرية التي يصح التعويل عليها في ظاهر الشرع أصلا كانت أو أمارة أو قاعدة فان طابقت الواقع فنعم الوفاق وإلا فيعمل بسائر القواعد كما في جميع الموارد التي ينكشف فيها الخلاف.

(١٠٩) لأنه منكر، والبينة على المدعي واليمين على من أنكر، هذا إذا لم تكن للوكيل بينة على الوكالة وإلا فيقدم قوله لأجل البينة.

(١١٠) أما انتزاع الحصة منه فلقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» التي

فإن دفعها إلى المالك يرجع بها على مدعي الوكالة(١١١).

(مسألة ٣٨): لو كان الثمن مؤجلا جاز للشفيع الأخذ بالشفعة بالثمن المؤجل(١١٢)، ويصح للمشتري إلزام الشفيع بالكفيل لو حصل المقتضى له(١١٣)، ويجوز أيضاً الأخذ بثمن حالا مع رضا المشتري به(١١٤).

هي من أهم القواعد المعتبرة الشرعية النظامية كما مر.

وأما الرجوع إلى عوض المنافع مطلقا فلقاعدة على اليد الشاملة للمنافع المستوفاة وغيرها.

(١١١) لقاعدة ان المغرور يرجع إلى من غره التي هي أيضاً من القواعد المعتبرة وتقدم اعتبارها[١].

(١١٢) لإطلاق أدلة الشفعة الشامل لكلا صورتي تأجيل الثمن وتعجيله ولا محذور فيه ولا منافاة فيه لفورية الأخذ بالشفعة، لأنها انما تكون فيما إذا لم يكن

في البين غرض صحيح شرعي وتراض من الطرفين في البين والمفروض حصول التراضي بينهما في ذلك، وما مر من خبر ابن مهزيار من بطلان الشفعة بعد ثلاثة أيام[٢]، انما هو فيما إذا لم يرض المشتري بالتأخير عن طيب نفسه به وإلا فلا وجه للسقوط. وكذا توهم أنه لا بد وان يكون الشفعة بالثمن والتأجيل يخالفه في صفته وإن لم يخالفه في ذاته «فإنه باطل لأن ما بذله المشتري بالثمن في مقابل العين وهو هنا واحد، وانما الاختلاف في التأجيل حصل برضائهما.

(١١٣) لأن أخذالكفيل والاستيثاق للمال من فروع ولاية المالك علىماله، ومن فروع قاعدة السلطنة، فالمقتضي لأخذ الكفيل موجود والمانع عنه مفقود.

(١١٤) لإطلاق الأدلة الشامل لهذه الصورة، ولأن الحق بينهما فلهما ان يتراضيا بكل ما شاءا وأرادا ما لم يرد دليل على الخلاف وهو مفقود.

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة :٣٤٧ـ ٣٥١.

(٢) تقدم في صفحة :١٣٥.

(مسألة ٣٩): الشفعة لا تبطل بالإقالة(١١٥). فيكون نماء المبيع بعدها للمشتري ونماء الثمن للبائع كما كان كذلك قبل الإقالة(١١٦)، ولكن الأحوط التصالح والتراضي مطلقا(١١٧).

---

(١١٥) لثبوتها نصا، وفتوى، بأصل حدوث البيع فمقتضى الأصل، والإطلاق بقاؤها كما ان مقتضى إطلاق أدلة الإقالة صحتها أيضاً في مورد ثبوت الشفعة إلا ان للشفيع إزالة الإقالة لسبق حقه فتكون صحتها مراعي بعفو الشفيع فإن حصل استمرت والا بطلت من حينه.

إن قيل: لا وجه لسبق حق الشفيع، لأن الإقالة أيضاً من الحقوق المجاملية الحاصلة بالبيع، مع ان لنا ان نقول بصحة كل منهما فينقل المبيع بالإقالة إلى البائع ويأخذ الشفيع عن البائع فيصحان معا.

يقال: أما حدوث الإقالة بأصل البيع فلا وجه له وهو خلاف ظواهر أدلتها التي هي ظاهرة في حدوثها بالندامة الحاصلة بعد البيع، وأما أخذ الشفيع العين من البائع بعد انتقالها إليه بالإقالة فهو أيضاً خلاف ظواهر أدلة الشفعة ويظهر من الجواهر الإجماع على خلافه.

إن قيل: لا تجري الشفعة في مورد الإقالة لانصراف أدلتها إلى غير هذه الصورة.

يقال: هذا من مجرد الاحتمال ولا ينافي ظهور الإطلاق.

إن قيل: يتساقطان الحقان بعد التعارض وعدم الترجيح فيبقى العين على ملك المشتري بلا تقايل ولا شفعة.

يقال: التقايل لا اقتضاء وحق الشفعة لازم وسابق ولا تعارض بين ما هو لا اقتضاء وما هو سابق.

(١١٦) لأنه لا وجه لبطلان الإقالة إلا هذا فكأن البيع ثابت والإقالة لم تقع.

(١١٧) لما مر من احتمال سقوط الشفعة من أصلها في موردالإقالة وإن كان

(مسألة ٤٠): ثبوت الخيار للبائع ـ أي خيار كان ـ لا ينافي ثبوت حق الشفعة للشفيع(١١٨).

(مسألة ٤١): ليس للشفيع فسخ البيع الواقع بين الشريك والمشتري ولو بالإقالةو عن تراض بينه وبين البائع(١١٩).

(مسألة ٤٢): لو كانت العين معيبة فإن علمه المشتري فلا خيار له ولا أرش(١٢٠) وإذا أخذ الشفيع بالشفعة مع علمه بالعيب فلا شيء له أيضاً(١٢١)، وإن كان جاهلا كان له الخيار في الرد فقط دون اختيار الأرش(١٢٢).

هذا الاحتمال ضعيفا.

(١١٨) لإطلاق أدلة الشفعة، مع ان كل بيع ملازم لخيار المجلس غالبا وتساوى الحقين في ثبوتها بنفس البيع وإطلاق أدلتها وعدم دليل على سقوط أحدهما دون الآخر إلا احتمال انصراف أدلة الشفعة عما إذا كان للبائع خيار وهذا الانصراف من مجرد الاحتمال فقط فلا عبرة به ولكن الأحوط التراضي مع المشتري.

(١١٩) لأصالة لزومه، وأصالة عدم ثبوت هذا الحق له وانما له حق الأخذ بالشفعة من المشتري فقط مضافا إلى ظهور الإجماع عليه.

(١٢٠) لأنه أقدم على شراء المعيوب بعمده واختياره فلا وجه لثبوت الخيار له، لأن الخيار والأرش مجعول لتدارك الضرر ومع الإقدام على التضرر لا معنى لتداركه.

(١٢١) لما مر في سابقة من انه أقدم على التضرر فلا وجه لتدارك مثل هذا الضرر.

(١٢٢) أما خيار الشفيع في الرد فلقاعدة الضرر، وظهور فتوى الأصحاب عليه مع عدم اقدام منه عليه، لمكان جهله.

و إذا كان المشتري جاهلا له الأرش ولا خيار له في الرد[١٢٣] ولو أخذ الشفيع بالشفعة يصح له أخذ الأرش من المشتري[١٢٤]. سواء كان

وأما اختصاصه بخصوص الرد دون أخذ الأرش فلأن تشريع الأرش انما هو لأجل تدارك ما فات من المشتري من عوض ماله وتتميم ما نقص منه ولا موضوع له في المقام لفرض أن الشفيع يعطي جميع ما غرمه المشتري من الثمن بلا نقص منه فإما إن يأخذ المبيع المعيوب بالثمن فلا نقص على المشتري حتى يتدارك بالأرش وإما ان يردّه إلى المشتري فلا موضوع للأرش أيضاً.

ومنه يظهر ما نسب الى الفاضل والشهيدين والمحقق الثاني رحمهم الله من تخييره بين الرد والأرش ولم يأتوا بدليل له إلا إطلاق دليل الأرش وارتضاه صاحب الجواهر واستحسنه المحقق رحمه الله.

وفيه: ان كون الإطلاق واردا لبيان هذه الجهات مشكل بل ممنوع والأحوط ان يكون أخذه بتراضيهما معا خروجا عن خلاف هؤلاء الأساطين.

(١٢٣) أما أصل ثبوت خيار العيب له، فلدليل خيار العيب الجاري في المقام بلا كلام وأما عدم تخييره في الرد فلتعلق حق الشفيع به.

أما تعين الأرش فلجبران النقص المعاملي الحاصل له بالعيب مع الجهل به.

(١٢٤) لفرض انه لم يصل تمام عوض ماله إليه فلا بد من تداركه وهو يصلح بالأرش.

وتوهم: اختصاص أخذ الأرش بالبيع فلا يثبت في الأخذ بالشفعة.

مردود: لعموم دليله وهو قاعدة نفي الضرر الجاري في البيع وغيره، كما ان توهم ان إطلاق قوله عليه السلام في أخبار الشفعة: «هو أحق بها بالثمن»[١]، عدم

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشفعة حديث: ١.

المشتري قد أخذ الأرش من البائع أو لا بل أسقطه عنه(١٢٥).

(مسألة ٤٣): إذا اتفق اطلاع المشتري على العيب بعد أخذ الشفيع للشفعة يجوز له أخذ الأرش من البائع وعليه دفعه إلى الشفيع(١٢٦).

ولو اطلع الشفيع عليه دون المشتري فليس له مطالبة البائع بالأرش(١٢٧) ويجوز له مطالبة المشتري به(١٢٨) والأحوط التصالح والتراضي في جميع هذه المسألة وما قبلها(١٢٩).

الزيادة والنقيصة بالنسبة إلى الثمن، وهو يشمل حتى الأرش أيضاً، مردود فإن الأرش متمم مالية المبيع لا أن يلحظ في ناحيته الثمن.

(١٢٥) لأن ما وقع من البيع الأول والشفعة اللاحقة له موضوعان مختلفان من هذه الجهات فكل ما دل الدليل على اعتباره في الأخذ بالشفعة نقول به وما لم يدل دليل عليه نعمل فيه بحسب سائر الأدلة ولا دليل من عقل أو نقل يصح الاعتماد عليه للملازمة بين أخذ الشفيع للأرش من المشتري وبين أخذ المشتري له من البائع وجودا وعدما.

(١٢٦) أما جواز أخذه الأرش من البائع فلقاعدة نفي الضرر. وأما لزوم دفعه إلى الشفيع فلأن الأرش من متممات مالية المبيع وتتميم نقصه ومورد الشفعة عند المتعارف وبحسب المنساق من الأدلة انما هو تسليم المبيع تماما وبلا نقص إلى الشفيع إلا مع تراضيهما على الاكتفاء بالمنقوص.

(١٢٧) لكونه أجنبيا بالنسبة إلى الشفيع لأن حق الشفعة يتعلق بملك المشتري لا البائع.

(١٢٨) لما مر آنفا فلا وجه للتكرار.

(١٢٩) لاضطراب الكلمات وتشويشها حتى ان المحقق مع بنائه على التهذيب والتنقيح لم يهذب كتاب الشفعة كسائر الكتب، وكذا صاحب الجواهر «رحمهم الله تعالى».

(مسألة ٤٤): لو أراد المالك أو المشتري ان لا يثبت حق الشفعة للشريك أنشئا نقل الملك بالصلح أو الهبة لا البيع(١٣٠).

(مسألة ٤٥): إذا أقر المالك انه باع نصيبه من أجنبي وأنكر الأجنبي البيع لا يثبت حق الشفعة للشريك(١٣١).

---

(١٣٠) لما تقدم من اختصاص حق الشفعة بخصوص البيع ولا يجري في سائر النواقل وهناك حيل شرعية أخرى لحرمان الشريك عن حق الشفعة مذكورة في المطولات، من شاء فليراجع إليها.

(١٣١) لأن إقرار العقلاء على أنفسهم وان كان صحيحا لكن لا يثبت به ملكية الأجنبي للنصيب التي هي موضوع ثبوت حق الشفعة وقد مر أن المنساق من الأدلة تعلق حق الشفعة بملك المشتري ولا ربط له بالبائع والمفروض عدم ثبوت ملكية المشتري بمجرد إقرار البائع مع إنكاره.

ولكن، عن جمع منهم الشيخ، والمحقق والفاضل والشهيدين ثبوته بمجرد إقرار البائع بالبيع بدعوى: أن حق الشفعة تابع للبيع وقد حصل بالإقرار.

وفيه: انه تابع للبيع من حيث إضافته إلى قبول المشتري لا من حيث إقرار البائع فقط مع إنكار المشتري وقد بالغ الحلي في رد هذا القول من أراد فليراجع المطولات.

والحمد لله على كل حال ولا حول

ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

كتاب الصلح

وهو التراضي والتسالم على أمر[1] من تمليك عين أو منفعة أو

كتاب الصلح

وهو مشروع بالأدلة الأربعة فمن الكتاب آيات منها قوله تعالى: ﴿وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾[1]، وقوله تعالى ﴿اَلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾[2]، وقوله تعالى ﴿وَ اَلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[3]، التي بإطلاقها تشمل الصلح العقدي المتعارف وغيره، وذكرنا ما يتعلق بمادة (صلح) في التفسير[4].

ومن السنة نصوص كثيرة بين الفريقين تأتي الإشارة إلى بعضها منها قول النبي صلى الله عليه وآله: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»[5]، ومنها قول أبي عبدالله عليه السلام: «الصلح جائز بين الناس»[6]، ومثله غيره.

ومن الإجماع إجماع المسلمين.

ومن العقل حكمه البتي بحسنه في الجملة ما لم يكن محذور في البين.

(١) مادة (ص ل ح) في أي هيئة وجدت وفي أي صورة تحققت تشعر

---

(١) سورة الأنفال :١.

(٢) سورة الحجرات :١٠.

(٣) سورة النساء :١٢٨.

(٤) مواهب الرحمن ج: ٩ ص: ٣٨٦ ط. النجف.

(٥) سنن ابن ماجه باب: ٢٣ من أبواب الأحكام كتاب الصلح.

(٦) الوسائل باب: ٣ من أبواب الصلح :١.

إسقاط دين أو حق وغير ذلك(٢)، ولا يشترط كونه مسبوقا بالنزاع(٣) وإن كان تشريعه في شرع الإسلام لقطع التجاذب ورفع التنازع بين الأنام(٤)، ويجوز إيقاعه على كل أمر وفي كل مقام(٥) إلا إذا كان محرما لحلال أو محللا لحرام(٦).

بضد الفساد وتكون حليف الصلاح والسداد والتسالم في الجملة لغة وشرعا وعرفا، والصلح محبوب في فطرة الإنسان بل كل ذي شعور من الحيوان وهو انفع العقود ويجتمع مع جميعها وأوسعها دائرة لوقوعه على ما في الذمة ومن غير عوض ومع الجهالة.

وبالجملة: فكما إن لفظه سهل يسير يكون معناه من جميع جهاته كذلك وفقنا الله تعالى للصلاح والصلح والتصالح بين بني نوعنا إنه ولي ذلك.

(٢) لإطلاق الأدلة الشامل لكل ما يصلح أن يكون غرضا للصلح ولم ينه عنه الشرع.

(٣) للأصل، والإطلاق، وظهور الاتفاق فيصح مع سبق التسالم أو النزاع والإقرار والإنكار، فلو ادعى عليه شيء وأنكره، ثمَّ قال المنكر للمدعي: صالحني، يصح الصلح كما انه لو أقر تصح المصالحة أيضاً.

(٤) ويكون هذا من بعض حكم التشريع كحكمة ذهاب أرياح الآباط في تشريع غسل الجمعة واستبراء الرحم للعدة وغير ذلك مما هو كثير، وقد أثبتوا ان الحكمة لا تخصص العموم ولا تقيد المطلق لكونها حكمة الجعل لا علة المجعول.

(٥) لما تقدم من الأصل والإطلاق والاتفاق ويأتي تفصيل ذلك كله في المسائل المستقبلة.

(٦) لإجماع المسلمين، بل الضرورة من الدين والتصريح بذلك في نصوص المعصومين عليهم السلام كما يأتي.

(مسألة ١): الحق ان الصلح عقد مستقل بنفسه وعنوان برأسه[٧]، وليس كما قيل راجعا إلى سائر العقود وإن أفاد فائدتها[٨].

فيفيد فائدة البيع إذا كان عن عين بعوض وفائدة الهبة إذا كان عن عين بلا عوض وفائدة الإجارة إذا كان عن منفعة بعوض، وهكذا[٩]، فلم يلحقه أحكام سائر العقود ولم يجر فيه شروطها[١٠] وإن أفاد فائدتها كما أفاد فائدة البيع لا يلحقه أحكامه وشروطه فلا يجري فيه الخيارات المختصة بالبيع كخياري المجلس والحيوان ولا الشفعة.

ولا يشترط فيه قبض العوضين إذا تعلق بمعاوضة النقدين وما أفاد فائدة الهبة من تمليك عين بلا عوض لا يعتبر فيه قبض العين كما اعتبر في الهبة وهكذا.

---

(٧) لظواهر الأدلة، وإجماع الإمامية والمرتكزات العرفية.

(٨) لأن مجرد إفادة عقد فائدة عقد آخر أعم من اتحادهما ذاتا كما هو واضح فما نسب إلى الشيخ﴿ؒ﴾ من أنه بيع مع تعلقه بالعين، وإلى الشافعي انه بيع وإجارة وهبة وعارية ونحوهما إن أفاده فائدتها قول عليل وبلا مدرك ودليل.

(٩) إفادته لهذه الفوائد في هذه الموارد وجداني لكل أحد ولكنه أعم من الاتحاد في الحقيقة كما هو معلوم.

(١٠) للأصل والإجماع بعد كون الاتحاد في الأثر أعم من الاتحاد في الذات والحقيقة، مع أن ظواهر أدلة تلك الاحكام والشروط اختصاصها بخصوص موردها وعدم التعدي عنها.

ثمَّ ان هذه التوسعة والتعميم في الصلح من حيث انه ينطبق على جميع العقود انما هو من اللطائف التي جعلها الله تعالى في هذه المادة بجميع هيئاتها ومشتقاتها فجعلها مما يجمع بها الشمل وينتظم بها الفرق فاذا كانت مادة الصلح في عالم الاعتبار كذلك فما ذا تكون حقيقته في عالم الواقع.

(مسألة ٢): لما كان الصلح عقدا من العقود يحتاج إلى الإيجاب والقبول مطلقا[١١] حتى فيما أفاد فائدة الإبراء وإسقاط الحق على الأقوى[١٢]، فابراء المديون من الدين وإسقاط الحق عمن عليه الحق وان لم يتوقفا على قبول من عليه الدين أو الحق[١٣]. لكن إذا وقعا بعنوان الصلح توقفا على القبول[١٤].

(مسألة ٣): لا يعتبر في الصلح صيغة خاصة، بل يقع بكل لفظ أفاد في متفاهم العرف التسالم أو التراضي على أمر[١٥] من نقل عين أو منفعة

---

(١١) أما كونه عقدا فتكفي ضرورة فقه الإمامية بل فقه المسلمين بل مرتكزات الناس أجمعين. وأما احتياج كل عقد إلى الإيجاب والقبول فهو من البديهيات التي يحكم بها ذو والعقول.

(١٢) لأصالة عدم سراية خصوصية متعلق العقد إلى نفسه وبالعكس فلا ملازمة بينهما من هذه الجهة لا عقلا ولا عرفا ولا شرعا، فيصح أن يكون المتعلق إبراء وإيقاعا وما تعلق به عقدا وباختلاف الجهة ينتفي محذور التضاد إذا لا منافات بين كون المورد إيقاعا والوارد عليه عقدا، كما انه يمكن أن يكون المتعلق عباديا والأمر الوارد عليه توصليا كما في العبادات الاستيجارية التي تقع مورد الأمر الإجاري.

(١٣) لا كلية في ذلك، فإنه لو كان الإبراء أو الإسقاط مستلزما للمنة على من عليه الحق وهو لا يرضى بذلك، فالظاهر توقفهما على رضاه وذلك لا ربط له بالمقام، أي: صحة وقوع الإيقاع في الجملة مورد العقد.

(١٤) لما مر من عدم المنافاة بينهما، فيكون إيقاعا بحسب الذات وعقدا بالعنوان الطارئ عليه وتقدم نظيره في صحة اجتماع الأمر العبادي والتوصلي في واحد من جهتين.

(١٥) للأصل، والإطلاق، وظهور الاتفاق، وعدم بناء الفقهاء على التعرض

أو إقرار مشروع بين المتصالحين(١٦).

نعم، اللفظ الدائر في الألسن الذي هو كالصريح في إفادة هذا المعنى من طرف الإيجاب (صالحت) وهو يتعدى إلى المفعول الأول بنفسه وإلى المفعول الثاني ب (عن) أو (على) فيقول مثلا «صالحتك عن الدار أو منفعتها بكذا»فيقول المصالح «قبلت المصالحة أو اصطلحتها بكذا»(١٧).

(مسألة ٤): عقد الصلح لازم من الطرفين(١٨) لا يفسخ إلا بإقالة المتصالحين أو بوجود خيار في اللبن(١٩) حتى فيما أفاد فائدة الهبة الجائزة(٢٠)، والظاهر جريان جميع الخيارات فيه إلا خيارات ثلاثة خيار

لخصوصيات هذا العقد كما تعرضوا لخصوصيات سائر العقود من الإيجاب والقبول وسائر جهاتها فراجع الشرائع والجواهر وغيرهما وقد أثبتنا في كلي العقود انه يقع بكل لفظ له ظهور عرفي في عنوان العقد المخصوص ولو بالقرائن وهذا يجري في المقام أيضاً.

(١٦) وضابطه كل أمر فيه غرض عقلائي غير منهي عنه شرعا.

(١٧) لظهور كل ذلك في المعنى المعهود، والظاهر وقوعه بكل لفظ ولو مع التمكن من العربية، بل يقع بالمعاطاة، للعموم، والإطلاق، ولكثرة توسعهم فيه بما لم يتوسعوا في غيره.

(١٨) لأصالة اللزوم في كل عقد إلا ما خرج بالدليل كما أثبتناها في البيع بأدلة كثيرة فراجع[1].

(١٩) كما هو شأن كل عقد تجري فيه الإقالة والفسخ كالبيع ونحوه.

(٢٠) فيكون لازما أيضاً ولا منافاة بين كون شيء جائزا بحسب الذات ولازما من حيث عروض عنوان الصلح عليه وباختلاف الجهتين تذهب المنافاة

---

(١) راجع المجلد السادس عشر صفحة: ٢٣١ ـ ٢٣٣.

المجلس والحيوان والتأخير، فإنها مختصة بالبيع[٢١].

وفي ثبوت الأرش لو ظهر عيب في العين المصالح عنها أو عوضها فالأحوط التصالح والتراضي بالنسبة إلى الأرش[٢٢].

(مسألة ٥): متعلق الصلح إما عين أو منفعة أو دين أو حق، وعلى التقادير إما أن يكون مع العوض أو بدونه وعلى الأول إما أن يكون العوض عينا أو منفعة أو دينا أو حقا، فهذه عشرون صورة كلها صحيحة[٢٣] فيصح الصلح عن عين بعين ومنفعة ودين وحق وبلا عوض وعن منفعة بمنفعة وعين ودين وحق وبلا عوض وهكذا[٢٤].

من البين.

(٢١) أما جريان جميع الخيارات فيه، فلعموم أدلتها الشامل للصلح ولكل عقد لازم أيضاً إلا ما خرج بالدليل ولا دليل في المقام على الخروج.

وأما اختصاص الخيارات الثلاثة بالبيع فلاختصاص أدلة ثبوتها به كما مر في كتاب البيع فراجع[١].

(٢٢) منشأ التردد ان الأرش مخالف للقاعدة ومختص بمورد خاص دل عليه الدليل المخصوص فلا يجري في غير ذلك المورد أو أنه موافق للقاعدة فيجري في كل مورد وقد مر في خيار العيب أنه يمكن جعله مطابقا للقاعدة فراجع كتاب البيع خيار العيب.

(٢٣) للإطلاق والاتفاق، ووجود المقتضى وفقد المانع فتشملها الأدلة بلا مدافع.

(٢٤) لما تقدم من توسعة الأمر في الصلح بما لم يوسع في غيره من سائر العقود فهو صلح من جميع شؤونه ونواحيه.

---

(١) تقدم في ج: ١٧ صفحة :٨٩ ـ ١١١ ـ ١٧١.

(مسألة ٦): الصلح إذا تعلق بعين أو منفعة أفاد انتقالهما إلى المصالح(٢٥) سواء كان مع العوض أو بدونه(٢٦) وكذا إذا تعلق بدين على غير المصالح له أو حق قابل للانتقال كحقي التحجير والاختصاص(٢٧)، وإذا تعلق بدين على المتصالح أفاد سقوطه، وكذا إذا تعلق بحق قابل للإسقاط غير قابل للنقل والانتقال كحقي الشفعة والخيار(٢٨).

(مسألة ٧): يصح الصلح على مجرد الانتفاع بعين أو فضاء، كأن يصالح على ان يسكن داره أو يلبس ثوبا له مدة أو على ان يكون جذوع سقفه على حائطه أو يجري مائة على سطح داره أو يكون ميزابه على عرصة داره أو يكون الممر والمخرج من داره أو بستانه أو على أن يخرج جناحا في فضاء ملكه أو على أن يكون أغصان أشجاره في فضاء أرضه وغير ذلك فإن هذه كلها صحيحة سواء كانت بعوض أو بغير عوض(٢٩).

(مسألة ٨): إنما يصح الصلح عن الحقوق التي تسقط بالإسقاط

---

(٢٥) لأنه لا فائدة في هذا القسم من الصلح ولو لم تترتب عليه هذه الفائدة لصار لغوا وباطلا.

(٢٦) أما مع العوض فلأنه معاوضة حينئذ وهي متقومة بانتقال كل واحد من العوضين إلى كل واحد من المتعاوضين. وأما إذا كان بلا عوض فلانحصار فائدته فيه وإلا فيصير لغوا.

(٢٧) لأنه لو لا الانتقال إليه لصار لغوا وباطلا، مضافا إلى اتفاقهم على الحكم في جميع ذلك.

(٢٨) للإجماع، ولزوم اللغوية لو لا هذا الأثر.

(٢٩) للإطلاق، والاتفاق، والسيرة العملية والفتوائية في كل ذلك، وما مر من توسع الأمر في الصلح بما لم يوسع في غيره.

كحقي الشفعة والخيار ونحوهما وما تكون قابلة للنقل والانتقال كحقي التحجير والاختصاص، ومن ذلك حق الأولوية لمن بيده الأراضي الخراجية المسمى في العرف الحاضر بحق اللزمة.

وأما ما لا تسقط بالإسقاط ولا يقبل النقل والانتقال فلا يصح الصلح عنها[٣٠] وذلك مثل حق العزل الثابت للموكل في الوكالة، وحق مطالبة الدّين الثابت للدّارين في الدين الحال، وحق الرجوع الثابت للزوج في الطلاق الرجعي، وحق الرجوع في البذل الثابت للزوجة في الخلع وغير ذلك.

(مسألة ٩): يشترط في المتصالحين ما يشترط في المتبايعين من البلوغ والعقل والقصد والاختيار[٣١].

---

(٣٠) بلا إشكال فيه من أحد، بل هو من البديهيات الفقهية، لأن ما لا يقبل النقل والانتقال ولا الإسقاط لا يوجد العاقد عقد الصلح بالنسبة إليه ولو كان خلاف في البين انما هو صغروي بمعنى ان بعض هذه الموارد من الحق أو من الحكم وعلى الفرض الأول هو من الحقوق القابلة للنقل والإسقاط أو لا، والمشهور فيها أنها حق لا يقبل النقل ولا الإسقاط والعرف مساعد عليه أيضاً ويأتي تفصيل ذلك كله في محله المختص به ان شاء الله.

(٣١) بالضرورة الفقهية إن لم تكن دينية وتقدم في البيع ما ينفع المقام فراجع[١]، ومقتضى كثرة توسع الأمر في الصلح وعدم دليل غير الإجماع على اعتبار البلوغ في المتعاقدين صحة عقد الصلح من غير البالغ إذا كان جامعا للشرائط وكان بإذن الولي ولكنهم لا يقولون به، وكذا يعتبر عدم الحجر لسفه أو غيره إجماعا.

---

(١) المجلد السادس عشر صفحة: ٢٧٢.

(مسألة ١٠): الظاهر انه تجري الفضولية في الصلح كما تجري في البيع[٣٢] حتى فيما إذا تعلق بإسقاط دين أو حق وأفاد فائدة الإبراء والإسقاط الذين لا تجري فيهما الفضولية[٣٣].

(مسألة ١١): يجوز الصلح عن الثمار والخضر وغيرها قبل وجودها ولو في عام واحد وبلا ضميمة وان لم يجز بيعها كما مر في بيع الثمار[٣٤].

(مسألة ١٢): لا إشكال في انه يغتفر الجهالة في الصلح[٣٥]، فيما إذا تعذر للمتصالحين معرفة المصالح عنه مطلقا، كما إذا اختلط مال أحدهما

---

(٣٢) لما تقدم في كتاب البيع انها موافقة للقاعدة فتجري في الجميع إلا ما خرج بالدليل.

(٣٣) لما ادعي من الإجماع على عدم جريانها في الإيقاعات، ولكن المقام من العقود، لما تقدم من عدم المنافاة بين كون نفس الصلح عقدا ومتعلقه إيقاعا ولا ملازمة بينهما بوجه لا عرفا ولا عقلا ولا شرعا.

(٣٤) لاغتفار الجهالة في الصلح بما لم يغتفر في غيره وتوسع الأمر فيه بما لم يوسع في غيره على ما هو المتسالم عليه بين فقهاء الفريقين ويستفاد من النصوص أيضاً كما يأتي.

(٣٥) للإجماع، والنص والاعتبار لأن تشريع الصلح لقطع التشاجر واللجاجة والنزاع ولو كان مبنيا على المداقة ولو في الجملة لما وقعت المصالحة المبنية بذاتها على المسامحة، ويستفاد من المتواتر بين الفريقين: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا»[١]، التوسعة في كل جهة من جهات إلا في جهة واحدة وهي تحريم الحلال وتحليل الحرام، مع انه ليس بنحو الكلية أيضاً فقد ورد جواز الكذب في الإصلاح[٢]، وفي صحيح ابن مسلم

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الصلح وتقدم في صفحة: ١٦٥.

(٢) الوسائل باب: ١٤١ من أبواب أحكام العشرة.

بالآخر ولم يعلما مقدار كل منهما فاصطلحا على أن يشتركا فيه بالتساوي أو الاختلاف أو صالح أحدهما ما له مع الآخر بمال معين، وكذا إذا تعذر عليهما معرفته في الحال لتعذر الميزان والمكيال على الأظهر، وأما مع إمكان معرفتهما بمقداره في الحال ففيه إشكال(٣٦).

عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»[١]، فجعل عليه السلام المناط على طيبة النفس والتراضي بأي وجه اتفق، ومنه يستفاد التعميم من كل حيثية وجهة وفي كل شيء ومورد.

(٣٦) مقتضى الإطلاقات المزبورة الواردة مورد البيان من كل جهة صحة الصلح حتى في هذه الصورة أيضاً، ولا منشأ للتشكيك إلا دعوى الانصراف، والظاهر كونه من الانصرافات البدوية التي لا اعتبار بها وأي عموم وإطلاق أعم وأكثر توغلا في الإطلاق من قوله تعالى ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[٢]، فعلق طبيعة الخير على طبيعة الصلح بأي نحو وجهه تحقق، وأما دعوى ذكر تعذر المعرفة في اغتفار الجهالة في كلمات جمع، أو دعوى أنه من الغرر وهو منفي. لا وجه لكل منهما.

أما الأولى فلأنه لا وجه لذكر تعذر المعرفة واعتباره في اغتفار الجهالة ما لم يذكر دليله، ولم يذكر له دليلا من إجماع أو غيره.

نعم قد ادعى انسباقه من الأدلة وهو أول الدعوى في مقابل ما مر من الإطلاقات.

وأما الثانية فلا وجه له أيضاً بعد فرض ان الصلح متحمل من الجهالة ما لا

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصلح :١.

(٢) سورة النساء :١٢٨.

(مسألة ١٣): إذا كان لغيره عليه دين أو كان منه عنده عين هو يعلم مقدارهما ولكن الغير لا يعلم المقدار فأوقعا الصلح بينهما بأقل من حق المستحق لم يحل له الزائد إلا ان يعلمه ويرضى به(٣٧).

نعم، لو رضي بالصلح عن حقه الواقعي على كل حال بحيث لو بين له الحال لصالح عنه بذلك المقدار بطيب نفسه حل له الزائد(٣٨).

(مسألة ١٤): تقدم في أحكام الربا المعاملي انه لا يجري حكم الربا المعاملي في الصلح وحينئذ فلو صلوح عن الربوي بجنسه بالتفاضل صح وإن كان الأحوط تركه(٣٩)، ولا إشكال مع الجهل وان احتمل

يتحملها غيره، والأحوط أن يهب كل منهما ماله مجانا إلى صاحبه أو يتصالحا على إسقاط ما بينهما من الحق ان كان في الواقع.

(٣٧) للنص، والإجماع، ولأنه مع عدم الإعلام والإرضاء بقول مطلق نحو خيانة بالنسبة إلى الطرف، وفي صحيح علي بن أبي حمزة قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم فمات ألي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال عليه السلام: لا يجوز حتى تخبرهم»[1]، وفي صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثمَّ صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم، وما بقي فللميت حتى يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به»[2].

(٣٨) لفرض حصول الرضاء وطيب النفس بالزيادة بأي نحو تحققت كما وكيفا فيكون المقتضي للصحة موجودا حينئذ والمانع عنها مفقودا.

(٣٩) أما الصحة فلفرض عدم الربا. وأما الاحتياط فللخروج عن خلاف

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصلح ٢.
(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصلح :٤.

التفاضل، كما لو كان لكل واحد من شخصين طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فأوقعا الصلح على أن يكون لكل منهما ما عنده مع احتمال التفاضل في البين (٤٠).

(مسألة ١٥): يصح الصلح عن دين بدين حالين أو مؤجلين أو بالاختلاف متجانسين أو مختلفين سواء كان الدينان على شخصين أو على شخص واحد، كما إذا كان له على ذمة زيد وزنة حنطة ولعمرو عليه وزنة شعير فصالح مع عمرو على ماله في ذمة زيد بما لعمرو في ذمته، والظاهر صحة الجميع (٤١)، إلا في المتجانسين مما يكال أو يوزن مع التفاضل ففيه إشكال من جهة الربا (٤٢).

نعم، لو صالح عن الدين ببعضه ـ كما إذا كان له عليه دراهم إلى أجل فصالح عنها بنصفها حالا ـ فلا بأس به (٤٣)، إذا كان المقصود إسقاط

من ذهب إلى جريان الرباء المعاملي فيه أيضاً كما مر.

(٤٠) لإطلاق ما تقدم من صحيح ابن مسلم [١]، فإن إطلاقه يشمل حتى بناء على جريان الرباء المعاملي فيه أيضاً.

نعم، يخرج منه صورة العلم بالتفاضل، لحكومة أدلة حرمة الربا عليه حينئذ بناء على جريانه فيه ولكن تقدم عدم الجريان.

(٤١) لإطلاقات أدلة الصلح الشاملة لجميع هذه الصور من دون دليل على الخلاف.

(٤٢) تقدم عدم جريانه في الصلح فيصح في هذه الصورة أيضاً وان كانت الصحة خلاف الاحتياط.

(٤٣) لعدم كونه من الرباء ـ لا الرباء القرضي ولا المعاملي.

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصلح: ١.

الزيادة والإبراء عنها والاكتفاء بالناقص كما هو المقصود المتعارف في نحو هذه المصالحة لا المعاوضة بين الزائد والناقص(٤٤).

(مسألة ١٦): يجوز ان يصطلح الشريكان على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله(٤٥).

أما الأول فلفرض ان هذا العمل صلح وإسقاط ما في الذمة وليس بقرض.

وأما الثاني فلأنه مفروض العدم أيضاً.

وسيأتي في كتاب الدين استفادة الحكم من بعض الروايات.

(٤٤) لأنه حينئذ يصير من الربا المعاملي فيحرم من هذه الجهة مع تحقق سائر شرائطه.

(٤٥) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الإطلاقات والعمومات.

وثالثة: بحسب الأدلة الخاصة.

ورابعة: بحسب الكلمات.

أما الأول: فمقتضى أصالة الصحة صحته بعد الشك في أن مثل هذا الصلح مخالف للشرع بدعوى: ان مقتضى الشركة كون الربح والخسران على الشريكين لا أن يكون الخسران على أحدهما فقط، أو ليس مخالفا له بدعوى: ان كونهما مشتركين في الربح والخسران هو مقتضى إطلاق الشركة لا مقتضى ذاتها وحقيقتها فيجوز اشتراط الخلاف، والتصالح كذلك وهذا مقتضى قاعدة السلطنة أيضاً.

وأما الثاني: فمقتضى إطلاقات أدلة الصلح وعموماتها الصحة والجواز أيضاً.

وأما الثالث: ففي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجلين اشتركا

(مسألة ١٧): يجوز للمتداعيين في دين أو عين أو منفعة أن يتصالحا بشيء من المدعى به أو بشيء آخر حتى مع إنكار المدعى عليه، ويسقط بهذا الصلح حق الدعوى، وكذا حق اليمين الذي كان للمدعي على المنكر، وليس للمدعي بعد ذلك تجديد المرافعة(٤٦).

لكن هذا فصل ظاهري تنقطع به الدعوى في ظاهر الشرع ولا يحل به ما أخذه من كان غير محق منهما(٤٧).

في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى، فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عز وجلّ»[١]، ومن ذيله يستفاد صحة المسألة على جميع فروضها المفروضة ما لم يكن فيها شيء مخالف لكتاب الله تعالى وان كان مورد ظاهر السؤال هو بعد انتهاء الشركة لكن خصوصية المورد لا يخصص إطلاق الحكم الموافق للأصل والعمومات فيصح هذا الصلح في ابتداء الشركة وفي أثنائه وفي انتهائه وقد ضبط الحديث بطرق ومتون أخرى لا يضر بالمقصود فراجع المطولات.

وأما الأخير: فادعى الإجماع على الصحة في الجملة، ولكن الكلمات مشوشة في اعتبار بعض القيود فراجعها، ولا محصل للتعرض لها بعد صحة المسألة على جميع الفروض ما لم يكن فيه شرط مخالف للشرع.

(٤٦) أما أصل جواز هذا الصلح وصحته، فتدل عليه إطلاقات أدلة الصلح وعموماته، وظهور الإجماع عليه.

وأما سقوط حق الدعوى به فلأن تشريع هذا النحو من الصلح لا يكون إلا لذلك، فلو لم يكن له هذه الفائدة لصار لغوا.

(٤٧) للأصل، والنص والإجماع فعن ابن حمزة قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم مات

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الصلح :١.

فإذا ادعى شخص على شخص بدين فأنكره ثمَّ تصالحا على النصف فهذا الصلح وان أثر في سقوط الدعوى لكن ان كان المدعى محقا بحسب الواقع فقد وصل إليه نصف حقه وبقي الباقي على ذمة المنكر يطالب به في الآخرة إذا لم يكن إنكاره بحق بحسب اعتقاده إلا إذا فرض رضا المدعى باطنا بالصلح عن جميع ماله في الواقع(٤٨)، وان كان مبطلا واقعا يحرم عليه ما أخذه من المنكر(٤٩)، إلا مع فرض طيب نفسه

ألي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز حتى تخبرهم»(١)، وفي صحيح عمر بن يزيد عن الصادقعليه السلام قال: «إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات، ثمَّ صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم، وما بقي فللميت حتى يستوفيه منه في الآخرة، وان لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به»(٢)، وفي صحيح هشام بن الحكم عن الصادقعليه السلام قال: «رسول اللهصلى الله عليه وآله إنما أقضي بينكم بالبينات والايمان وبعضكم ألحن بحجته من بعض فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعة من النار»(٣)، والحكم مطابق للأصل وقاعدة السلطنة أيضاً إذ ليست لما شرع من طرق فصل الخصومة موضوعية خاصة بل طريق محض لإحقاق الحق فيدور ما وصل من الحق إلى صاحبه يسقط فبقدر ما لم يصل يبقى.

(٤٨) لوقوع الصلح على الجميع حينئذ بتمامه وكماله فلا يبقى شيء بعد ذلك حتى يؤخذ به يوم القيامة.

(٤٩) لأصالة بقاء الحق، وعدم موجب لانتقال شيء منه إلى المدعى كما هو معلوم.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب الصلح: ٢ و ٤.

(٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية الحكم.١.

واقعا[٥٠]. بأن يكون للمدعي ما صالح به لا أنه رضي به تخلصا من دعواه الكاذبة[٥١].

(مسألة ١٨): إذا قال المدعى عليه للمدعي: (صالحني) لم يكن هذا إقرارا بالحق، لما عرفت أن الصلح يصح مع الإنكار كما يصح مع الإقرار أما لو قال: «بعني أو ملكني» كان إقرارا[٥٢].

(مسألة ١٩): إذا كان لواحد ثوب بعشرين درهما مثلا ولآخر ثوب بثلاثين واشتبها ولم يميز كل منهما ماله عن مال صاحبه، فإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه، فكل ما اختاره يحل له ويحل الآخر لصاحبه[٥٣]، وإن تضايقا فإن كان المنظور والمقصود لكل منهما المالية ـ كما إذا اشترياهما للمساومة والمعاملة ـ بيعا وقسم الثمن بينهما بنسبة مالهما، فيعطي صاحب

---

(٥٠) فيحل حينئذ بالأدلة الأربعة فمن الكتاب آية التراضي[١]، ومن السنة قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[٢]، والمفروض تحققه، ومن الإجماع إجماع المسلمين مع تحقق طيب النفس على أي تقدير، ومن العقل إنه صلح مطلق واقعي وهو حسن عقلا.

(٥١) لأصالة بقاء الحق وعدم ما يوجب انتقاله من طيب النفس على كل تقدير.

(٥٢) لأن لفظ «ملكني» يدل بالدلالة العرفية على أن المال ملكك وأطلب منك أن تملكني مالك وكذا لفظ «بعني» يدل عرفا على ان المال منك وأنا أريده منك بيعا.

(٥٣) لوجود المقتضي للحلية وفقد المانع عنها، لفرض حصول الرضاء

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلي حديث: ١.

العشرين في المثال سهمين من خمسة والآخر ثلاثة أسهم منها(٥٤)، وإن كان المقصود والمنظور نفس المالين ـ كما إذا اشترى كل منهما عباء ليلبسه وليس لهما نظر إلى القيمة والمالية ـ فلا بد من القرعة(٥٥).

(مسألة ٢٠): لو أتلف على شخص ثوبا ـ ونحوه ـ قيمته درهم مثلا فصالحه على درهمين أو أقل أو أكثر يجوز ذلك(٥٦).

(مسألة ٢١): لو كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الآخر

وطيب النفس لكل منهما بالتملك والتصرف كذلك.

(٥٤) لوصول حق كل منهما إلى صاحبه بهذا الطريق والمفروض تسالمهما على إحراز المالية فقط من دون قصد الخصوصية العينية، ويأتي النص الدال عليه أيضاً.

(٥٥) لانحصار فصل الخصومة فيها حينئذ، ولأنها لكل أمر مشتبه بعد عدم طريق آخر شرعي أو متعارف لرفع الاشتباه، وفي خبر ابن عمار عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب، فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال عليه السلام: يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت، قال: قد أنصفه»[1]، ولعل عدم ذكر القرعة، لعدم تعرض السائل لفرض موضوعها.

(٥٦) لأن نفس العين المتلف في عهدة من أتلفها إلى حين تفريغ ذمته وقد وقع التفريغ بدرهمين أو أقل أو أكثر فلا يكون هذا العمل تبديلا للدرهم الذي هو قيمة الثوب بالزائد عليه حتى يحتمل فيه الرباء المعاملي بل هو إفراغ للذمة بعين ما اشغلت به.

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب الصلح.

أحدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللآخر ما بقي(٥٧).

---

(٥٧) البحث في هذه المسألة.

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب القاعدة العرفية.

وثالثة: بحسب الدليل الخاص.

أما الأول: فمقتضى الأصل بقاء حق الاختصاص بالنسبة إلى أحد الدرهمين إجمالا الذي يدعيهما أحدهما ويعترف به الآخر وانما النزاع في الآخر الذي يدعيه كل واحد منهما لنفسه، وأما أصالة عدم اختصاص الآخر لكل واحد منهما إما لا تجري أو تجري وتسقط بالمعارضة على ما فصل ذلك في الأصول.

أما الثاني: فحيث ان كل واحد منهما مسلط على ماله ولا ترجيح لكل واحد منهما على الآخر بوجه من الوجوه فالعقل والعرف يحكم بتنصيفه بينهما جمعا بين حقهما بقدر الإمكان وأن لا يكون نصيب أحدهما الحرمان وهذا الانسباق الذهني عند العرف يمنع عن احتمال القرعة، مع أن جريانها يحتاج إلى جبر دليلها بعمل الأصحاب ولا عمل منهم عليها في المقام بل الارتكاز على خلافها، بحيث لو امتنع أحدهما عن التنصيف يستنكر ذلك منه ويلام عليه عند العرف ولا يرون بحسب مرتكزاتهم يمينا وحلفا لأحدهما على الآخر، فهذا الأمر الارتكازي يقتضي التنصيف وهو قاعدة سارية في جميع الموارد ما لم ينه عنه الشارع.

وبعبارة أو جز: كل مال حصل النزاع فيه.

تارة: يكون تحت يد كل واحد من المتنازعين بحيث لا يكون تفاوت ليدهما أبدا في البين.

وأخرى: لا يد لأحدهما عليه أصلا وهو خارج تحت استيلائهما بالمرة.

وثالثة: يكون تحت يد أحدهما فقط ويدعيه الآخر.

ورابعة: يكون في يدهما معا وتحت استيلائهما مع اختلاف احدى اليدين على الأخرى بجهة من الجهات.

والمنساق إلى الأذهان في الأول هو التنصيف، لما مر بلا لزوم حلف ويمين، للأصل بعد عدم دليل على الخلاف ويصح أن يسمى هذا بالصلح القهري ولا بأس به، لحكم المتعارف بصحته، وإقدامهم عليه والنص ورد على طبق هذا المرتكز العرفي.

والثاني مورد التداعي الذي يحتاج الى حلف كل واحد منهما.

كما إن الثالث يحتاج إلى حلف المنكر بعد عدم البينة للمدعي، والأخير يحتاج إلى الترجيح وقد فصل ذلك كله في كتاب القضاء.

وأما الدليل الخاص ففي صحيح ابن المغيرة عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال عليه السلام: أما الذي قال هما بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين»[١] ومثله ما عن السكوني عن الصادق عن أبيه عليهما السلام: «في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا، فضاع دينار منها، قال: يعطي صاحب الدينارين دينارا ويقسم الآخر بينهما نصفين»[٢]

وظهر مما تقدم انهما موافقان لما هو المرتكز في الأذهان ولقاعدة العدل والإنصاف التي صرح باعتبارها جمع من الأعيان، ويصح أن يكون هذا صلحا قهريا لااختياريا ـ كما تقدم ـ ويستدل على صحته بالنص ـ كما تقدم ـ والإجماع.

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب أحكام الصلح: حديث: ١.
(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب أحكام الصلح: حديث: ١.

(مسألة ٢٢): لو كان لأحد مقدار من الدراهم ولآخر مقدار منها عند ودعي أو غيره فتلف مقدار لا يدري انه من أي منهما، فإن تساوي مقدار الدراهم منهما ـ بأن كان لكل منهما درهمان أو ثلاثة مثلا ـ يحسب التالف عليهما ويقسم الباقي بينهما نصفين (٥٨).

وإن تفاوتا فأما أن يكون التالف بمقدار ما لأحدهما وأقل مما للآخر أو يكون أقل من كل منهما، فعلى الأول يعطي للآخر ما زاد على التالف ويقسّم الباقي بينهما نصفين (٥٩) كما إذا كان لأحدهما درهمان وللآخر درهم وكان التالف درهما يعطي صاحب الدرهمين درهما ويقسم الدرهم الباقي بينهما نصفين، أو كان لأحدهما خمسة دراهم وللآخر درهمان وكان

---

(٥٨) لظهور الإجماع، ولما تقدم من القاعدة الارتكازية، وإمكان الاستفادة من قولهعليه السلام في الصحيح المتقدم: «و يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين»، لكونه مورد النزاع لكل منهما بالسوية، لأن كل منهما يدعى تمام الدرهم فحكمعليه السلام بالتنصيف ففي كل مورد يكون المدعى به لأحدهما ما يدعيه الآخر يكون الحكم هو التنصيف فتأمل.

وقول عليعليه السلام في المال المشترك: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما»[1]، وتقدم في خبر السكوني ما يشهد له أيضاً.

(٥٩) لما مر من الأدلة في سابقة بلا فرق بينه وبين المقام، وفي خبر السكوني عن الصادق عن أبيهعليهما السلام: «في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منها، قالعليه السلام: يعطي صاحب الدينارين دينارا ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»[2]، وقد مر أنه موافق للمرتكزات، ولقاعدة العدل والإنصاف.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشركة: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب أحكام الصلح.

التالف درهمين يعطي لصاحب الخمسة ثلاثة ويقسم الباقي(٦٠)، ـ وهو الدرهمان ـ بينهما نصفين. وعلى الثاني يعطي لكل منهما ما زاد على التالف(٦١)، ويقسم الباقي بينهما نصفين، فإذا كان لأحدهما خمسة وللآخر أربعة وكان التالف ثلاثة يعطي لصاحب الخمسة اثنان ولصاحب الأربعة واحدا ويقسم الباقي ـ وهو الثلاثة ـ بينهما نصفين، فلصاحب الخمسة ثلاثة ونصف ولصاحب الأربعة اثنان ونصف(٦٢)، هذا كله إذا كان المالان مثليين كالدراهم والدنانير(٦٣)، وأما إذا كانا قيميين كالثياب والحيوان فلا بد من المصالحة أو تعيين التالف بالقرعة(٦٤).

(مسألة ٢٣): يجوز إحداث الروشن المسمى في العرف الحاضر بالشناشيل على الطرق النافذة والشوارع العامة إذا كانت عالية بحيث لم

---

(٦٠) لعين ما مر في سابقيه بلا فرق بينها.

(٦١) بأن يلحظ مقدار التالف أولا إلى حصة كل منهما ليحسب من المجموع ويرد نقص مقدار التلف عليهما ثمَّ يعطي كل واحد منهما ما يخصهما ولا نزاع لأحدهما فيه، ثمَّ يقسم الباقي الذي هو مورد النزاع بينهما بنصفين لما تقدم من الأدلة فيكون مجموع المال في المقام تسعة وتلف ثلثها منها وثلث آخر ليس مورد النزاع لأحد وهو اثنان من خمسة لصاحب الخمسة وواحد من الأربعة لصاحب الأربعة وبقي ثلث آخر يدعيه كل منهما فيقسم بينهما نصفين لما مر من الأدلة فيصير لكل واحد منهما واحد ونصف.

(٦٢) قد ظهر وجهه ما قلناه.

(٦٣) بحيث لا يكون تفاوت بين أفراده، ويصح لحاظ الإشاعة الفردية وإلا فالدرهم والدنانير قد تكون متفاوتة بحسب الأزمنة والأمكنة، كما أن جملة القيميات التي كانت قيمية في الأزمنة القديمة صارت مثلية في هذه الأعصار.

(٦٤) لتحقق التفاوت بين الأفراد، فلا موضوع حينئذ للتنصيف لأن مورده

تضرّ بالمارة(٦٥)، وليس لأحد منعه حتى صاحب الدار المقابل وان استوعب عرض الطريق بحيث كان مانعا عن إحداث روشن في مقابله(٦٦). ما لم يضع منه شيئا على جداره(٦٧).

نعم إذا استلزم الإشراف على دار الجار ففي جوازه إشكال بل

ما إذا كان نصيب كل واحد مثل نصيب الآخر بلا تفاوت بينهما من هذه الجهة وينحصر الأمر حينئذ بالمصالحة أو القرعة.

(٦٥) للإجماع، والسيرة المستمرة خلفا عن سلف المنتهية إلى زمان النبي صلّى الله عليه وآله.

(٦٦) كل ذلك لأصالة ثبوت ذلك الحق ولا حق لأحد عليه بعد فرض عدم تحقق ضرر في البين كما هو المفروض.

إن قيل: إن للطرف الآخر حق في الهواء فله ان يمنعه عن ذلك.

يقال: الهواء تابع للمحل.

فتارة: يكون موردا لحق خاص ليس لأحد التصرف فيه كالهواء (العمودي) فوق ملك خاص لمالك مخصوص بقدر ما يعتبره العرف.

وأخرى: يكون من المشتركات يستحقه كل من سبق إليه كما في المقام ونحوه.

وثالثة: مورد حق اثنين أو أزيد كالهواء في الطرق غير النافذة.

(٦٧) فإنه لا يجوز ذلك حينئذ إلا بإذنه بالأدلة الأربعة فمن الكتاب قوله تعالى ﴿لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[1]، ومن السنة قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه»[2]، ومن العقل انه ظلم قبيح، ومن الإجماع إجماع المسلمين.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلي حديث: ١.

منع(٦٨) وإن جوّزنا مثل ذلك في تعلية البناء في ملكه(٦٩)، فلا يترك الاحتياط(٧٠).

(مسألة ٢٤): لو بنى روشنا على الجادة ثمَّ انهدم أو هدم، فإن لم يكن من قصده تجديد بنائه لا مانع لأن يبنى الطرف المقابل ما يشغل ذلك الفضاء ولم يحتج إلى الاستيذان من الباني الأول(٧١). وإلا ففيه إشكال، بل

---

(٦٨) للشك في تحقق السيرة حينئذ، بل الظاهر استنكار المتشرعة لذلك، مع أنه نحو من الإضرار وأصل الصحة والجواز كانتا مقيدة بعدمه، ويشهد له مورد حديث نفي الضرر والضرار في قضية سمرة[1]، كما سيأتي.

(٦٩) لقاعدة السلطنة، فإن الظاهر أن الهواء (العمودي) الذي يكون ملك شخص بالملكية الخاصة ملك له أيضاً فله أن يتصرف بما شاء ويمنع الغير عن التصرف فيه ويصح فيه النقل والانتقال أيضاً، وكذا موارد الحريم المختص ان بنيت الدار في أرض الموات فإن الظاهر اختصاص هواء الحريم بصاحب الدار كاختصاص نفس الحريم به هذا وجه عدم جواز إحداث مثل هذه الرواشن (الشبابيك).

وأما وجه الجواز فلاحتمال شمول قاعدة السلطنة لمثل هذه الرواشن أيضاً، واحتمال كون استنكار المتشرعة لذلك على فرض ثبوته تنزيهيا مجامليا لا مثل استنكارهم للمحرمات الحقيقية. هذا إذا لم يرجح حق أحدهما على الآخر بالمرجحات المتعارفة المعتبرة وإلا فلا بد من اتباعها.

(٧٠) ظهر وجهه مما مر فلا وجه للتكرار.

(٧١) لرجوع الفضاء إلى الإباحة الأوّلية، فيكون المقتضي للحيازة لكل من

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب إحياء الموات حديث :١.

عدم الجواز لا يخلو من قوة فيما إذا هدمه ليبنيه جديدا[٧٢].

(مسألة ٢٥): لو أحدث شخص روشنا على الجادة لا يجوز للطرف المقابل له أحداث روشن بدون إذن الأول إن تضرر الأول به[٧٣]، ولو لم يكن ضرر في البين فلا بأس به[٧٤]، والمرجع في الضرر ثقات أهل الخبرة بهذه الأمور[٧٥].

(مسألة ٢٦): كما يجوز إحداث الروشن على الجادة يجوز فتح الأبواب المستجدة فيها، سواء كانت له باب أخرى أم لا، وكذا فتح الشباك والروازن عليها ونصب الميزاب فيها، وكذا بناء ساباط عليها إذا لم يكن

أرادها موجودا والمانع عنه مفقودا فتصح حيازته لكل من سبق إليها ويترتب عليها الأثر.

واحتمال استصحاب بقاء حق الأول لا وجه له، لأن أصل حدوث أصل هذا الحق مردد بين أن يكون تابعا للروشن حدوثا وبقاء، أو كان إحداث الروشن موجبا لحدوثه مطلقا حتى لو انهدم الروشن، والقسم الأخير مشكوك في أصل حدوثه فليس في البين متيقن سابق حتى يستصحب فالمقام مثل ما إذا قعد أحد في محل مشترك ثمَّ قام وراح.

(٧٢) لأصالة بقاء الحق حينئذ عرفا وكون وجود الروشن الأول من الحالات لا المقومات ويكون المقام نظير الرحل الموضوع في المحال المشتركة والأماكن المتبركة.

(٧٣) لقاعدة نفي الضرر والضرار، مضافا إلى الإجماع.

(٧٤) للأصل، وعموم ما دل على جواز حيازة كل أحد للمباحات والمشتركات.

(٧٥) لاعتبار قول ثقات أهل الخبرة عند العرف والعقلاء ولم يرد عن

معتمدا على حائط غيره(٧٦)، مع عدم إذنه(٧٧) ولم يكن مضرا بالمارة ولو من جهة الظلمة(٧٨)، ولو فرض انه كما يضرهم من جهة ينفعهم من جهات أخرى كالوقاية عن الحر والبرد والتحفظ عن الطين وغير ذلك لا يبعد الموازنة بين الجهتين فيراعى ما هو الأصلح(٧٩)والأولى المراجعة في ذلك الى حاكم الشرع فيتبع نظره(٨٠)، وكذا يجوز إحداث البالوعة للأمطار فيها مع التحفظ عن كونها مضرة بالمارة وكذا يجوز نقب سرداب

ذلك ردع شرعي بل ورد التقرير بآية التبيين[١]، ونحوها.

(٧٦) كل ذلك للأصل، وقاعدة السلطنة، والسيرة المستمرة، وظهور الإجماع.

(٧٧) أما عدم الجواز مع عدم الإذن، فللأدلة الأربعة كما مر مرارا.

وأما الجواز معه فكذلك ولا بد في نصب الميزاب ملاحظة ما هو المتعارف فلو خرج عن المتعارف بحيث يضر بالمارة لا يجوز، لقاعدة نفي الضرر والضرار.

(٧٨) لقاعدة نفي الضرر والضرار، مضافا إلى الإجماع واستنكار الناس لذلك.

(٧٩) لأن هذه كلها من حقوق الناس بعضهم على بعض، وقد جرت سيرتهم على تقديم الراجح فيها على المرجوح والأرجح على الراجح.

(٨٠) لأن أمثال هذه الموارد من مظان التشاجر والتخاصم فلا بد من وجود من يقطع التشاجر وهو الحاكم الشرعي، ويجوز اتفاقهما على نظر الثقة الخبير بهذه الأمور لأن به يقطع التخاصم أيضاً، بل الحاكم الشرعي لو لم يكن بنفسه من أهل الخبرة يرجع إليه في تشخيص الموضوع ثمَّ يحكم بما ظهر

---

(١) سورة الحجرات :٦.

تحت الجادة مع إحكام أساسه وبنيانه وسقفه بحيث يؤمن من الثقب والخسف والانهدام(٨١).

(مسألة ٢٧): لا يجوز لأحد إحداث شيء من روشن أو جناح أو بناء ساباط أو نصب ميزاب أو فتح باب أو نقب سرداب وغير ذلك على الطرق غير النافذة المسماة بالمرفوعة والرافعة وفي العرف الحاضر بالدريبة إلا بإذن أربابها(٨٢)، سواء كان مضرا أو لم يكن(٨٣)، وكما لا يجوز إحداث شيء من ذلك لغير أربابها إلا بإذنهم كذلك لا يجوز لبعضهم إلا بإذن شركائه فيها(٨٤)، ولو صالح غيرهم معهم أو بعضهم مع الباقين على إحداث شيء من ذلك صح ولزم(٨٥). سواء كان مع العوض أو بلا

له من نظره.

(٨١) كل ذلك للأصل والسيرة، وظهور الإجماع، وإطلاق ما دل على جواز حيازة المباحات مع عدم وجود ضرر على الغير في الحال والمآل، وأما مع وجوده فلا يجوز لقاعدة نفي الضرر والضرار الحاكمة على ذلك كله.

(٨٢) لأن الطرق غير النافذة مشتركة بين أربابها ولهم حق الاختصاص بها ولا يجوز التصرف في متعلق حق الغير المختص به إلا بإذن صاحبه الثابت، ذلك بالأدلة الأربعة من الكتاب والسنة والإجماع والعقل وقد مر ذلك مكررا في هذا الكتاب ويأتي في كتاب الاحياء ما يتعلق بأحكام الطرق إن شاء الله تعالى.

(٨٣) لأن التصرف في ملك الغير وحقه حرام مطلقا ولا يدور مدار تحقق الإضرار وعدمه، بالضرورة الدينية فلا يجوز ذلك مع عدم الإذن مطلقا ويجوز معه ويدور مقدار التصرف حينئذ مدار كمية الإذن وكيفيته كما هو واضح.

(٨٤) لعدم جواز تصرف أحد الشريكين في مورد الشركة ـ ملكا كان أو حقا ـ إلا بإذن البقية بالضرورة المذهبية بل الدينية، ويأتي في كتاب الشركة بعض ما يدل عليه إن شاء الله تعالى.

(٨٥) أما الصحة فلإطلاق أدلة الصلح وعمومها الشامل للمقام أيضاً. وأما

عوض(٨٦) ويأتي في كتاب احياء الموات بعض المسائل المتعلقة بالطريق ان شاء الله تعالى.

(مسألة ٢٨): لا يجوز لأحد ان يبني بناء أو يضع جذوع سقفه على حائط جاره إلا بإذنه ورضاه(٨٧)، وإذا التمس ذلك من الجار لم يجب عليه اجابته(٨٨)، وإن استحب له استحبابا مؤكدا من جهة ما ورد من التأكيد في قضاء حوائج الأخوان ولا سيما الجيران ولو بنى أو وضع الجذوع بإذنه ورضاه فإن كان ذلك بعنوان ملزم كالشرط في ضمن عقد لازم أو بالإجارة أو بالصلح عليه لم يجز له الرجوع(٨٩)، وأما إذا كان مجرد الإذن والرخصة جاز له الرجوع قبل البناء والوضع قطعا(٩٠)، وأما بعد ذلك فهل يجوز له الرجوع مع الأرش وعدمه أم لا(٩١)،

اللزوم فلما مر من أن عقد الصلح لازم.

(٨٦) لما مر في أول الكتاب من أن الصلح يصح مع العوض وبدونه، للعمومات والإطلاقات الشاملة لهما.

(٨٧) لما تقدم غير مرة من حرمة التصرف فيما يتعلق بالغير بدون رضاه لقولهم عليه السلام: «لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه»[1]، بل بالضرورة الدينية.

(٨٨) للأصل، وقاعدة السلطنة، وظهور الاتفاق.

(٨٩) لأن ما صدر منه صار لازما في هذه الموارد الخاصة والمفروض كون المقام من بعضها.

(٩٠) لقاعدة السلطنة، وأصالة عدم حدوث حق الإبقاء للواضع، وظاهرهم الاتفاق عليه.

(٩١) أما الرجوع فلقاعدة السلطنة الجارية في أصل الحدوث وفي البقاء

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلي حديث: ١.

مع استحقاق الأجرة وعدمه(٩٢).

أيضاً.

وأما الأرش، فلقاعدة من أتلف فإن البناء وقع بعد اذنه صحيحا فهو مال محترم يجب تدارك إتلافه، وأما وجه عدم الأرش فلا إتلاف انما حصل بحكم الشارع بوجوب تفريغ مال الغير ورده إليه فالإتلاف مستند إلى صاحب الجذوع الذي يكون هو الباني لا إلى الجار حتى يوجب ضمانه فلا منشأ لضمانه حتى يتعلق به الأرش والغرامة وحينئذ فمقتضى قاعدة السلطنة صحة الرجوع ويجب على صاحب الجذع تفريغ الجدار ورده سالما إلى صاحبه من دون استحقاقه لأخذ الأرش لما فعل من قلع بنائه، لأن البناء وقع من إقدامه وفعله والصلح من أمر الشارع لا بتسبيب من صاحب الجدار.

(٩٢) أما عدم جواز الرجوع فلأن الإذن في وضع الجذع مع الالتفات إلى أنه يبني عليه والبناء يبقى مدة بحسب العادة إسقاط لحق الرجوع ما دام البناء، والاذن في الشيء إذن في لوازمه العرفية فيكون إبقاء الوضع لازما على صاحب الجدار مع استنكار العرف للرجوع بعد الإذن في الوضع والشك في جواز الرجوع وعدمه يكفي في عدم جواز التمسك بعموم القاعدة، لأنه تمسك بالدليل اللفظي في الموضوع المشكوك.

وأما استصحاب بقاء الحق فلا يجري أيضاً، لأن أصل هذا الحق مردد بين أن يكون حقا في مجرد الحدوث أو في الحدوث والبقاء معا وفي مثله لا يجري الأصل، مضافا إلى جريان قاعدة نفي الضر بالنسبة إلى صاحب الجذع ولزوم تضييع المال في القلع.

وأما استحقاق الأجرة، فلأنه جمع بين الحقين بناء على عدم سقوط حق صاحب الجدار عن البقاء.

وأما عدم استحقاقها، فهو مبني على لزوم الإبقاء على صاحب الجدار

وجوه وأقوال والمسألة في غاية الإشكال[٩٣]، فلا يترك الاحتياط بالتصالح والتراضي بينهما ولو بالإبقاء مع الأجرة أو الهدم مع الأرش[٩٤].

(مسألة ٢٩): لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة أو وتد أو غير ذلك إلا بإذن شريكه[٩٥]، أو إحراز رضاه بشاهد الحال[٩٦] كما هو الحال في التصرفات اليسيرة كالاستناد إليه أو وضع يده أو طرح ثوب عليه أو غير ذلك[٩٧]، بل الظاهر إن مثل هذه الأمور اليسيرة لا يحتاج إلى إحراز الاذن والرضا كما جرت به السير[٩٨].

وسقوط حقه عن الرجوع كما مرت الإشارة إليه.

(٩٣) إذ ليس فيها نص خاص ولا إجماع معتبر وإنما حصلت الأقوال من الأنظار من حيث ملاحظة القواعد العامة وتطبيقها على المورد ثمَّ المناقشة في التطبيق وفي مثل ذلك لا بد من الاحتياط.

(٩٤) لأن بكل منهما مع التراضي يحصل الاحتياط لا محالة.

(٩٥) لحرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه عقلا وشرعا، مضافا إلى الإجماع على ذلك في المقام.

(٩٦) لأن المناط في هذه التصرفات على إحراز الرضا، وشاهد الحال من طرق إحرازه عند العرف.

(٩٧) لجريان السيرة المستمرة خلفا عن سلف على هذه التصرفات من غير منع وإنكار، بل الناس يستقبحون من منع عنها ويستنكرون ذلك.

(٩٨) ويمكن أن يعد مثل هذا من الحقوق المجاملية اللازمة المراعاة بين الجيران والمؤمنين بعضهم على بعض فهو نحو حق جعله الله تعالى عليهم، فيكون الحق شرعيا لا أن يكون مالكيا.

ومنه يظهر عدم أثر منع المالك لو امتنع عن ذلك مع عدم ضرر في البين

نعم، إذا صرّح بالمنع وأظهر الكراهة لم يجز[٩٩].

(مسألة ٣٠): لو انهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين تعميره لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته[١٠٠]، وهل له التعمير من ماله مجانا بدون إذن شريكه لا إشكال في أن له ذلك إذا كان الأساس مختصا بـه وبـناد بآلات مختصة به[١٠١]، كما إنه لا إشكال في عدم الجواز إذا كـان الأسـاس مختصا بشريكه[١٠٢]، وأما إذا كان الأساس مشتركا فإن كان قابلا

ولكنه على إطلاقه مشكل وإن صح في مثل الاستضاءة بنور الغير والاستظلال بجداره مع عدم التصرف في ماله وعدم ضرر عليه.

(٩٩) إن عد تصرفا وكان المورد حقا مالكيا لا من حق الله تعالى.

وخلاصة الكلام في المقام وأمثاله إن المحتملات ثبوتا ثلاثة.

الأول: ان تكون هذه الأمور اليسيرة الشائعة بين الناس حقا شرعيا إلهيا مجعولا بين العباد بعضهم على بعض ولا إشكال في أنه لا ربط له بالمالك وليس له حق المنع إلا مع انطباق عنوان الضرر ونحوه عليه.

الثاني: أن يكون حكما شرعيا من دون أن يكون حقا شرعيا ولا مالكيا وحكمه كسابقه من حيث عدم صحة منع المالك، لفرض أنه لا حق له.

الثالث: أن يكون حقا مالكيا ولا يعد مثل هذه الأمور من التصرف الممنوع في ملك الغير الذي يكون حراما عقلا وشرعا ودعوى: انصراف التصرف المحرم عن مثله بشهادة استمرار السيرة عليها.

(١٠٠) للأصل، وقاعدة السلطنة، وظهور الإجماع.

(١٠١) لوجود المقتضي للصحة وفقد المانع عنها فيشمله عـموم قـاعدة السلطنة وظاهرهم عدم الخلاف فيه أيضاً.

(١٠٢) لأنه تصرف ولا يجوز التصرف في مال الغـير إلا بـإذنه بـالأدلة الأربعة كما مر مرارا.

للقسمة ليس له التعمير بدون إذنه[١٠٣].

نعم له المطالبة بالقسمة[١٠٤] فيبني على حصته المفروزة[١٠٥] وإن لم يكن قابلا للقسمة ولم يوافقه الشريك في شيء يرفع أمره الى الحاكم[١٠٦]. ليخيّره بين عدة أمور مَن بيع أو إجارة أو المشاركة معه في العمارة أو الرخصة في تعميره وبنائه من ماله مجانا[١٠٧]، وكذا الحال لو كانت الشركة في بئر أو نهر أو قناة أو ناعور ونحو ذلك، فلا يجبر الشريك على المشاركة في التعمير والتنقية[١٠٨]، ولو أراد الشريك تعميرها وتنقيتها من ماله تبرعا ومجانا له ذلك على الظاهر[١٠٩]، وليس للشريك

---

(١٠٣) لبقائه على الاشتراك ما لم يقسم ولا يجوز التصرف في المال المشترك بدون إذن الشريك عقلا وشرعا.

(١٠٤) لأن لكل شريك حق المطالبة بالقسمة في المال المشترك، للإجماع، ولقاعدة السلطنة.

(١٠٥) لقاعدة السلطنة بعد زوال المانع.

(١٠٦) لأنه المرجع في رفع المشاجرة والتخاصم ويجوز لهما التصالح والتراضي على كل ما يوافقا عليه، إذ المطلوب استرضاء الشريك بوجه معتبر شرعي والتصالح معتبر شرعا ولا موضوعية لخصوص نظر الحاكم الشرعي بل هو طريق للتراضي.

(١٠٧) ولو فرض وجود طريق آخر لإمكان اتفاق رأيهما عليه يكون من أطراف التخيير أيضاً، لأن ما ذكروه ليس من باب الحصر بل انما هو من باب الغالب.

(١٠٨) لكون الحكم مطابقا للقاعدة فيجري في الجميع بلا فرق بين المصاديق.

(١٠٩) للأصل، ولأنه إحسان محض وليس في البين مانع شرعي أو عرفي

منعه خصوصا إذا لم يمكن القسمة(١١٠)، كما إنه لو أنفق في تعميرها فنبع الماء أو زاد ليس له ان يمنع شريكه الغير المنفق من نصيبه من الماء لأنه من فوائد ملكهما المشترك(١١١).

(مسألة ٣١): لو كانت جذوع دار أحد موضوعة على حائط جاره ولم يعلم على أي وجه وضعت حكم في الظاهر بكونه عن حق واستحقاق حتى يثبت خلافه(١١٢)، فليس للجار ان يطالبه برفعها عنه، ولا منعه من التجديد لو انهدم السقف(١١٣)، وكذا الحال لو وجد بناء أو مجرى ماء أو نصب ميزاب من أحد في ملك غيره ولم يعلم سببه فإنه يحكم في أمثال ذلك بكونه عن حق واستحقاق إلا أن يثبت كونها عن عدوان أو بعنوان

عنه فتشمله أصالة الإباحة والأدلة المرغبة إلى الخير والإحسان.

نعم، لو ادعى الطرف التضرر بذلك لا بد حينئذ من مراجعة الحاكم الشرعي.

(١١٠) لإطلاق قوله تعالى ﴿و مٰا عَلَى اَلْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[١]، الشامل للصورتين، مع استنكار العرف لمنعه في الصورة الثانية.

(١١١) هكذا علله جمع منهم صاحب الجواهر‌ رحمه الله وهو صحيح ولم يؤثر فيه إلا نقل الطين لا إيجاد عين خارجية مختصة به حتى يختص بها كما في بناء الجدار إذا كان بالآلات المختصة بأحدهما.

(١١٢) لقاعدة الصحة الجارية في فعل المسلم، مضافا إلى ظهور الإجماع.

(١١٣) لفرض ثبوت الحكم الشرعي الظاهري بأنه كان بحق ما لم يعلم الخلاف ولم يعلم الخلاف بعد. وكذا الحال في الفرع اللاحق من غير فرق بينه وبين سابقة فلا وجه للتكرار.

---

(١) سورة التوبة :٩١.

العارية التي يجوز فيها الرجوع(١١٤).

(مسألة ٣٢): إذا خرجت أغصان شجرة إلى فضاء ملك الجار من غير استحقاق، له ان يطالب مالك الشجرة بعطف الأغصان أو قطعها من حد ملكه(١١٥)، وإن امتنع صاحبها يجوز للجار عطفها أو قطعها(١١٦). ومع إمكان الأول لا يجوز الثاني(١١٧).

---

(١١٤) فيجوز للجار المطالبة برفعها حينئذ والمنع عن التجديد، لقاعدة السلطنة من غير دليل حاكم عليها.

(١١٥) للإجماع، وقاعدة السلطنة.

(١١٦) لظهور الاتفاق، ويدل عليه أيضاً حديث سمرة بن جندب المعروف بين الخاصة والعامة، ففي صحيح أبي عبيدة الحذاء قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: كان لسمرة بن جندب نخلة في حائط بني فلان، فكان إذا جاء إلى نخلته ينظر إلى شيء من أهل الرجل يكرهه الرجل، قال: فذهب الرجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فشكاه، فقال يا رسول الله: إن سمرة يدخل عليّ بغير إذني فلو أرسلت إليه فأمرته أن يستأذن حتى تأخذ أهلي حذرها منه، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وآله فدعاه فقال: يا سمرة ما شأن فلان يشكوك ويقول: يدخل بغير إذني فترى من أهله ما يكره ذلك، يا سمرة استأذن إذا أنت دخلت فأبى، ثمَّ قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يسرك أن يكون ذلك عذق في الجنة بنخلتك؟ قال: لا، قال: لك ثلاثة؟ قال: لا، قال صلى الله عليه وآله: ما أراك يا سمرة إلا مضارا اذهب يا فلان فاقطعها واضرب بها وجهه»[١].

(١١٧) لحرمة التصرف في مال الغير إلا بما هو الأرفق فالأرفق في دحض ظلمه وعدوانه، مضافا إلى ظهور اتفاقهم عليه، ويشهد له مراعاة النبي صلى الله عليه وآله الأرفق فالأرفق في قضية سمرة، وحينئذ فلو أمكنه العطف وقطع مع ذلك يكون

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب إحياء الموات حديث :١.

ضامنا لعدم الإذن الشرعي في القطع حينئذ فتجري قاعدة اليد وقاعدة من أتلف للضمان من غير دليل حاكم عليهما.

ثمَّ أن في المقام فروعا كثيرة الأنسب ذكرها في كتاب القضاء ويأتي التعرض لها هناك إن شاء الله تعالى.

فصـــــل

(مسألة ١): يعتبر في المصالح عدم الحجر لسفه أو فلس أو رق[١].

(مسألة ٢): يجوز للولي أن يصالح عن المولى عليه مع المصلحة[٢]، كما انه يجوز له قبول الصلح له[٣].

(مسألة ٣): لو تصالح شخص مع الراعي بأن يسلم نعاجه إليه ليرعاها سنة مثلا ويتصرف في لبنها ويعطي مقدارا معينا من الدهن مثلا صحت المصالحة[٤]، بل لو آجر نعاجه من الراعي سنة على ان يستفيد من لبنها بعوض مقدار معين من دهن أو غيره صحت الإجارة[٥].

(مسألة ٤): يشترط في مورد الصلح أن لا يكون من المحرمات الشرعية كالخمر والخنزير ـ والاعمال والمنافع المحرمة[٦].

(مسألة ٥): لو بان أحد العوضين مستحقا للغير بطل الصلح في المعين[٧]،

---

(١) لفرض حجره فيتوقف صحته على اذن من الآذن على ما يأتي في محله ان شاء الله تعالى.

(٢) لأن هذا من فروع ولايته.

(٣) بل قد يجب ذلك لما تقدم من عموم ولايته خصوصا مع احتياج المولى عليه.

(٤) لشمول عموم أدلة الصلح لذلك أيضاً.

(٥) لتمامية شرائط الإجارة على ما يأتي في كتاب الإجارة.

(٦) لتعلق النهي عن نقله وانتقاله بجميع الوجوه كما مر مكررا.

(٧) لثبوت عدم تحقق العوضية والمفروض انه معين فلا موضوع للتبدل إلى المثل أو القيمة كما لا وجه لقياس المقام بالمهر في النكاح إذا ظهر

و يصح في الكلي[٨].

(مسألة ٦): الظاهر أن الهواء المجاور لكل ملك من فوقه أو من جوانبه ـ تبع لأصل الملك[٩].

(مسألة ٧): يجوز صرف الزكاة ـ من سهم سبيل الله في المصالحة بين شخصين من المؤمنين أن توقف الصلح بينهما عليه[١٠]، كما يجوز المصالحة عن الحقوق المجاملية مع تركها بعوض أو غير عوض[١١] بالهبة، بل الأولى عدم ترك ذلك[١٢].

مستحقا للغير، لأن النكاح ليس من المعاوضات في شيء وإطلاق المعاوضة عليه انما هو بالعناية.

(٨) لوجود المقتضي للصحة وفقد المانع بعد ظهور عدم كون المأخوذ فردا من الكلي.

(٩) للسيرة ما لم يمنع العرف عن ذلك فيجوز للمالك أنحاء التصرفات فيه، كما يجوز الصلح فيه بعوض أو بدونه، وقد تقدم بعض الكلام في ذلك قريبا.

(١٠) لما تقدم في كتاب الزكاة، ولرواية أبي حنيفة سائق الحاج قال: «مر بنا المفضل وأنا وختني نتشاجر في ميراث فوقف علينا ساعة ثمَّ قال: تعالوا إلى المنزل فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم فدفعها إلينا من عنده حتى إذا استوثق كل واحد منا من صاحبه قال: أما انها ليست من مالي ولكن أبو عبدالله عليه السلام أمرني إذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء ان أصلح بينهما وافتدي بها من ماله فهذا من مال أبي عبدالله عليه السلام»[١]، بل يجوز وقف مال لأجل ذلك.

(١١) لشمول العمومات لها أيضاً.

(١٢) لئلا يؤخذ بها يوم القيمة كما في الحديث[٢].

---

(١) الوسائل باب: (١) من أبواب أحكام الصلح :٤.

(٢) الوسائل باب: ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة :٢٤.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجعالة

وهي: بتثليث الجيم من المفاهيم المعروفة الدائرة بين جميع فرق الناس.

وما ذكره الفقهاء ـ ومنهم الماتن ـ إنما هو بحسب الغالب وإلا فيمكن التعميم فيها كما يأتي، وهي: أما قولية، أو كتبية: كالاعلانات الملصقة على الجدران أو المنتشرة في الصحف المشتملة على جعل شيء لمن وجد الضائعات وردها إلى صاحبها، وإما بنائية: كما إذا كان عند الناس بناء عرفي على أن كل من رد ما فقد منهم أن يعطوه شيئا وجرت العادة على التزامهم بهذا البناء بحيث يكون لمن رد حق المطالبة لما جعل.

ويمكن توسعة الأمر في الجعالة بأكثر مما هو المشهور من التوسعة بأن يقال: الجعالة متقومة بوجود غرضين صحيحين فيها:

أحدهما: للجاعل وهو وصوله إلى مقصوده.

والآخر: للطرف وهو حصول نفع له فهي من هذه الجهة تشبه البيع والإجارة وسائر المعاوضات في ان كلا من الطرفين يبذل شيئا لأجل أن يستفيد شيئا، فلو قيل: كل من حفظ القرآن فله عليّ كذا يكون ذلك جعالة، وكذا لو قيل: كل من سكن داري فلي عليه كل ليلة دينار مثلا، فكل ذلك جعالة لغة وعرفا لأنها في اللغة والعرف عبارة عن: (جعل شيء لاستيفاء غرض صحيح)، بل وشرعا أيضاً، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[1]، وقاعدة السلطنة.

نعم، الغالب منها في الأزمنة القديمة ما إذا كان جعل العوض من الجاعل

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

وهي الالتزام بعوض معلوم على عمل[١] ويقال للملتزم «الجاعل»

بإزاء عمل من العامل، والغلبة الوجودية لا يوجب التقييد ويدل على الإطلاق قوله تعالى ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾[١]، وخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال لرجل: أعطيك عشرة دراهم وتعلمني عملك، وتشاركني هل يحل ذلك له؟ قال عليه السلام: إذا رضى فلا بأس»[٢]، فإن إطلاق ذيله ـ وتعليق الصحة على مجرد الرضاء بلا قيد ـ يدل على صحة الجميع.

(١) اختلفوا في أن الجعالة من العقود كما نسب إلى ظاهر المشهور، أو من الإيقاعات كما يظهر عن جمع، أو من التسبيبات العرفية العقلائية كما في التسبيبات الشرعية مثل قوله عليه السلام: «من تصدق دفع الله عنه ميتة السوء»[٣]،أو قوله عليه السلام فيمن صلى نافلة الليل: «طاب ريحه وكثر رزقه وابيض وجهه»[٤]، أو له من الثواب كذا وكذا، أو فيمن صام أيام البيض فله كذا إلى غير ذلك مما ورد في الترغيب إلى فعل الواجبات، والمندوبات، وترك المحرمات، والمكروهات والآداب، والمجاملات مما لا يحصى ولا يستقصي فتكون التسبيبات العرفية العقلائية أيضاً مثل تلك التسبيبات في الجملة، والالتزام هو العنوان العام الجامع بين العناوين الثلاثة.

والثمرة العملية تظهر في ترتب الأثر الخاص لكل عنوان خاص لو استظهر ذلك من الأدلة. والبحث..

تارة: بحسب الأصل العملي.

---

(١) سورة يوسف :٧٢.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الجعالة ج :١٦.

(٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الصدقة :٣.

(٤) راجع الوسائل باب: ٣٩ من أبواب بقية الصلوات المندوبة.

وأخرى: بحسب المرتكزات العرفية.

وثالثة: بحسب الاستظهار من الأدلة الشرعية.

أما الأول: فمقتضاه عدم اعتبار خصوصيات كل واحد من العقد والإيقاع فيها مع وجود الإطلاق في البين يصح التمسك به، وأما مع عدم وجوده فمقتضاه عدم ترتب الأثر إلا مع وجود دليل معتبر عليه كما يكون الأمر كذلك في جميع العقود والإيقاعات.

وأما الثاني: فمطلق التسبيبية هو المتيقن في الأذهان والزائد عليه مشكوك لديهم إلا ان يدل دليل عليه.

وأما الثالث: فلا يستفاد من قاعدتي الصحة والسلطنة وما تقدم من خبر علي بن جعفر أزيد من التسبيب، ويمكن الاختلاف باختلاف الموارد والخصوصيات.

فتارة: ينطبق عليه عنوان العقد.

وأخرى: عنوان الإيقاع.

وثالثة: مطلق التسبيب.

ولا بأس باختلاف شيء واحد بحسب الخصوصيات والجهات، فإذا تركب إنشائها من الإيجاب والقبول تكون عقداً، وإذا أنشأ مع الاكتفاء بمجرد رضاء الطرف وعدم رده تكون إيقاعا وإذا أبرزت بعنوان مجرد جعلها سببا لإبراز المراد والمقصود مع عدم مراعاة شرائط العقد والإيقاع فيها تكون تسبيبا وهذا أيضاً من جهات التوسعة في الجعالة بما لم يوسّع في غيرها فيصح انطباق عناوين متعددة عليها مع قصدها وإنشائها.

وأما اعتبار العوض المعلوم فهو مجمع عليه عندهم بل من المسلمات العرفية العقلائية، إذ ليست الجعالة من الأمور المجانية لدى العقلاء فضلا عن الفقهاء.

وأما اعتبار العمل في موردها فلا ريب فيه عرفا وشرعا وإن كان الأولى

ولمن يعمل ذلك العمل «العامل»و للعوض «الجعل»و «الجعيلة»(٢) ويفتقر إلى الإيجاب(٣)، وهو كل لفظ أفاد ذلك الالتزام(٤)، وهو إما عام كما إذا قال: «من رد عبدي أو دابتي أو خاط ثوبي أو بنى حائطي مثلا فله كذا».

وإما خاص(٥) كما إذا قال لشخص: «إن رددت عبدي أو دابتي مثلا فلك

التعميم بكل ما فيه غرض صحيح وإن لم يصدق عليه العمل بالانظار العرفية، كما إذا كان شخص جالسا في مكان وتعلق غرض صحيح للجاعل ببقائه جالسا وعدم حركته عنه فيقول الجاعل: ان لم تتحرك لك عليّ كذا خصوصا بناء على أن الحادث غير محتاج إلى المؤثر في البقاء.

نعم، بناء على انه يحتاج إلى المؤثر في البقاء أيضاً كاحتياجه إليه في أصل الحدوث يكون البقاء عمل يصدر منه دقة وان لم يكن كذلك عرفا ويأتي بعد ذلك ما يتعلق باعتبار معلومية العمل والعوض إن شاء الله تعالى.

(٢) والوجه في ذلك كله واضح لا يحتاج إلى البيان.

(٣) للضرورة الفقهية في الجملة سواء كان عقدا أو إيقاعا أو من مجرد التسبيب إلا ان في تسميته إيجابا على الأخيرين مسامحة إن كان المراد من الإيجاب ما يقابل القبول. وأما إن كان المراد مطلق المبرز الخارجي فيشمل الجميع بلا مسامحة ولا اشكال فيه.

(٤) قد مر غير مرة ان المناط كله في ألفاظ العقود والإيقاعات ـ بل والتسبيبات مطلقا ـ الظهور العرفي لإبراز المقصود بأي نحو كان الظهور سواء كان بالذات أو بواسطة القرينة المعتبرة العرفية وذلك للإطلاقات والعمومات وبناء أهل المحاورة عليه.

نعم، لو دل دليل خاص على اعتبار خصوصية خاصة لا بد من اتباعه وإلا فالمدار على الإفادة العرفية عند أهل المحاورة.

(٥) هذا التقسيم شرعي، للعمومات والإطلاقات وعرفي للسيرة العملية،

كذا» و لا يفتقر الى قبول حتى في الخاص فضلا عن العام(٦).

(مسألة ١): الفرق بين الإجارة على العمل والجعالة ان المستأجر في الإجارة يملك العمل على الأجير، وهو يملك الأجرة على المستأجر بنفس العقد(٧). بخلافه في الجعالة حيث انه ليس أثرها إلا استحقاق العامل الجعل المقرر على الجاعل بعد العمل(٨).

(مسألة ٢): انما تصح الجعالة على كل عمل محلل مقصود في نظر العقلاء كالإجارة(٩) فلا تصح على المحرّم ولا على ما يكون لغوا عند

بل وعقلي أيضاً لأنه حصر واقعي وخارجي ولا ثالث لهما في البين.

(٦) للأصل، والعموم، والإطلاق بعد صحة حصولها بمجرد التسبيب والإيقاع.

نعم، لو أريد إنشاؤها بعنوان العقد يحتاج إلى القبول حينئذ لفرض عدم قصد التسبيب والإيقاع المحض فيكون ترتب الأثر حينئذ على ما لم يقصد وهو باطل، وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فمن قال بالاحتياج إلى القبول أي فيما إذا قصد العقد ومن قال بعدمه أي فيما إذا لم يقصد.

(٧) للإجماع، مضافا إلى قاعدة السببية أي: ان إنشاء العقد المملك جامعا للشرائط توجب ترتب المسبب عليه وهو حصول الملكية للطرفين وتقدم التفصيل في البيع وسيأتي في الإجارة فراجع.

(٨) لأن الجعالة في الواقع من صغريات قاعدة الاستيفاء أي: ان كل من استوفى عمل الغير يكون ضامنا لما استوفاه إما بالعوض الجعلي أو الواقعي كمن أمر غيره بعمل له أجرة، ومدرك هذه القاعدة اتفاق العقلاء فضلا عن الفقهاء، وأصالة احترام المال والعمل التي هي من الأصول النظامية وحينئذ فقبل الاستيفاء لا موضوع لاستحقاق العامل أصلا كما لا وجه لوجوب الوفاء على الآمر.

(٩) إجماعا من المسلمين بل من العقلاء فيهما، والنصوص المختلفة

العقلاء وبذل المال بإزائه سفها كالذهاب إلى الأمكنة المخوفة، والصعود على الجبال الشاهقة والأبنية المرتفعة والوثبة من موضع إلى موضع آخر ونحو ذلك[١٠].

(مسألة ٣): كما لا يصح الإجارة على الواجبات العينية والكفائية على التفصيل الذي مر في كتابها لا تصح الجعالة عليها[١١].

(مسألة ٤): يعتبر في الجاعل أهلية الاستيجار من البلوغ والعقل والرشد[١٢] والقصد[١٣] وعدم الحجر والاختيار[١٤]، وأما العامل فلا

الواردة في الأبواب المتفرقة الدالة على عدم صحة أخذ العوض على الحرام، وسيأتي بعضها في كتاب الإجارة وتقدم في المكاسب المحرمة فراجع[١].

(١٠) هذا مع عدم غرض عقلائي شائع عليها كما هو الغالب فيها، ولكن لو ترتب عليها غرض صحيح متعارف فمقتضى الإطلاق الجواز.

(١١) قد تكرر بيان عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات العينية في هذا الكتاب[٢]، وقلنا ان عمدة الدليل عليه الإجماع، وان إجماعهم ثابت في الجعالة أيضاً بلا فرق بينها وبين الإجارة.

(١٢) لأنه تصرف مالي ولا يصح التصرف المالي من جميع من ذكر هذا مضافا إلى الإجماع، وكذا الكلام فيما يأتي من اعتبار عدم الحجر.

(١٣) لأنه فعل اختياري وكل فعل اختياري متقوم بالقصد بالأدلة العقلية، كما قد ثبت ذلك في محله وتقدم في شروط المتعاقدين ما يدل على ذلك[٣].

(١٤) لأنه إنشاء تعويضي، وكل إنشاء تعويضي متقوم بطيب النفس شرعا وعرفا، مضافا إلى الإجماع، وحديث رفع ما استكرهوا عليه الذي تقدم البحث

---

(١) تقدم في المجلد السادس عشر صفحة :٣٨.

(٢) تقدم في ج: ١٦ صفحة :١٧٧.

(٣) راجع ج: ١٦ صفحة :٢٨٢.

يعتبر فيه إلا إمكان تحصيل العمل[١٥]، بحيث لا مانع منه عقلا أو شرعا[١٦] كما إذا وقعت الجعالة على كنس المسجد فلا يمكن حصوله شرعا من الجنب والحائض، فلو كنسا لم يستحقا شيئا على عملهما[١٧].

ولا يعتبر فيه نفوذ التصرف، فيجوز أن يكون صبيا مميزا ولو بغير إذن الولي[١٨]

فيه مفصلا[١].

(١٥) للأصل، والإطلاق، والإجماع، ولأن المناط كله في الجعالة عند العرف إنما هو حصول النتيجة، وإمكان العمل بأي وجه اتفق ما لم يرد منع شرعي، فالمقصود أولا وبالذات هو ذات العمل لا خصوصيات العامل كما في الإجارة ونحوها لكن فيها دلت أدلة خاصة على اعتبار شروط في العامل بخلاف المقام الذي بقي تحت مقتضى الأصل والإطلاق.

(١٦) لأن في مورد المنع العقلي لا يتحقق العمل كما، إذا توقف إتيانه على أمر محال، والمانع الشرعي كالمانع العقلي فلا موضوع للجعالة فيهما أصلا.

(١٧) لسلب الشارع اعتبار عملهما رأسا فكأنه لم يصدر منهما عمل حتى يستحقا شيئا، هذا إذا اشترطت المباشرة وكان المباشر جنبا، أو حائضا، وأما مع عدم اعتبارها فلا بأس به عليه.

(١٨) لأن عمل الصبي صحيح في ذاته وليس فيه مانع عقلي أو شرعي والمفروض أن مورد الجعالة العمل الصحيح وإمكان تحصيل العمل كما صرح به جمع منهم المحقق في الشرائع وهو صادق بالنسبة إلى الصبي فتصح الجعالة عليه، وإذن الولي ليس شرطا في صحة ما يملكه الصبي من ماله وعمله، فهو مالك لعمله وان لم يأذن فيه الولي ويملك بالحيازة، وإن كانت بغير إذن الولي ويجوز له أخذ عوض عمله أيضاً كذلك، وكذا جميع حوائجه المتعارفة كقيامه

---

(١) تقدم في ج: ١٦ صفحة :٢٨٢.

بل ولو كان غير مميز أو مجنونا على الأظهر(١٩) فجميع هؤلاء يستحقون الجعل(٢٠).

وقعوده وأكله وشربه فالجعالة مع الصبي تكون كحيازة الصبي للمباحات وكما يصح له في الثانية الحيازة ويملك ما حازه ولو بدون إذن الولي، فكذا في الأولى.

نعم، مع المفسدة لا بد من مداخلة الولي وإعمال ولايته.

إن قيل: المشهور ان قصد الصبي كالعدم فيكون فعله وعمله وقع بلا قصد فيصير لغوا وباطلا فلا وجه لترتب الأثر عليه.

يقال: لا وجه لاعتبار هذه الشهرة وعلى فرض الاعتبار تعبدا فالمتيقن منه خصوص عقوده وإيقاعاته لأكل فعل اختياري يحصل منه، وإلا يكون خلاف الوجدان وخلاف القاعدة العقلية من أن كل فعل اختياري مسبوق بالإرادة والاختيار.

(١٩) لما مر من أن الجعالة مع سنخ التسبيبات والمعتبر فيها إمكان تحصيل العمل وحصوله والمفروض تحقق ذلك، فتصح الجعالة ويستحق العامل الجعل بعد العمل.

ان قيل لا يحصل منهما القصد فكيف تصح الجعالة المتقومة بالقصد يقال: القصد بمعنى مطلق الإرادة والاختيار متحقق فيهما، واعتبار الزائد عليه منفي بالأصل ومن ذلك يظهر انه يجوز أن يكون العامل حيوانا معلما لإمكان حصول العمل منه أيضاً.

(٢٠) لانطباق ما يعتبر في عامل الجعالة عليهم وهو إمكان صدور العمل منه.

وقد أشكل في غير المميز والمجنون بعدم حصول القصد منهما، وأجبنا عنه بأن القصد المعتبر في الفعل الاختياري حاصل منهما وهو يكفي ولا دليل على اعتبار الزائد عليه، بل الأصل والإطلاق ينفيه.

(مسألة ٥): يجوز أن يكون العمل مجهولا في الجعالة بما لا يغتفر في الإجارة(٢١)، فإذا قال «من رد دابتي فله كذا»صح، وإن لم يعين المسافة ولا شخص الدابة مع شدة اختلاف الدواب في الظفر بها من حيث السهولة والصعوبة، وكذا يجوز ان يوقع الجعالة على المردد مع اتحاد الجعل، كما إذا قال «من رد عبدي أو دابتي فله كذا»، أو بالاختلاف كما إذا قال «من رد عبدي فله عشرة ومن ردّ دابتي فله خمسة»(٢٢).

نعم، لا يجوز جعل موردها مجهولا صرفا ومبهما بحتا، لا يتمكن العامل من تحصيله(٢٣)، كما إذا قال «من وجد واوصلني ما ضاع مني فله كذا»بل وكذا لو قال «من رد حيوانا ضاع مني»، ولم يعين انه من جنس الطيور أو الدواب أو غيرها(٢٤)، هذا كله في العمل، وأما العوض فلا بد

---

(٢١) للأصل، والسيرة، والإطلاق والاتفاق، وبناء شرعية الجعالة على الجهالة كما صرح به في الجواهر، وبذلك يقيد إطلاق النبوي الناهي عن الغرر[1].

(٢٢) كل ذلك لظهور اتفاقهم على التوسع في الجعالة بما لم يوسع في غيرها، فكل ما صح في المتعارف الجعالة فيه يصح شرعا أيضاً إلا مع ورود المنع الشرعي بالخصوص ولا يستنكر العرف صحة الجعالة في جميع الموارد المذكورة.

(٢٣) لعدم اقدام متعارف الناس على مثله، بل يستنكرون ذلك فلا تشمله الأدلة الشرعية ويكفي الشك في الشمول في عدم الشمول، لأنه حينئذ من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك فتجري أصالة عدم استحقاق الجعل.

(٢٤) لما مر في سابقة.

---

(١) تقدم النبوي في ج: ١٧ صفحة ٨.

من تعيينه[٢٥] جنسا ونوعا ووصفا، بل كيلا أو وزنا أو عدا إن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا، فلو جعله ما في يده أو إنائه مثلا بأن قال «من رد دابتي فله ما في يدي أو ما في هذا الإناء» بطلت الجعالة[٢٦].

نعم، الظاهر انه يصح ان يجعل الجعل حصة معينة مما يرده ولو لم يشاهد ولم يوصف، بأن قال «من رد دابتي فله نصفها»، وكذا يصح ان يجعل للدلال ما زاد على رأس المال كما إذا قال «بع هذا المال بكذا والزائد لك» كما مر فيما سبق[٢٧].

(مسألة ٦): كل مورد بطلت الجعالة للجهالة استحق العامل أجرة المثل[٢٨]. والظاهر انه من هذا القبيل ما هو المتعارف[٢٩] من جعل الحلاوة المطلقة لمن دله على ولد ضائع أو دابة ضالة.

---

(٢٥) لما أرسلوه إرسال المسلمات من ان حكم العوض في الجعالة حكمه في الإجارة، ويظهر منهم الإجماع على لزوم تعيينه، وتقتضيه السيرة والمرتكزات العرفية.

(٢٦) لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء الشرط، ولكن لا ثمرة للبطلان بعد استحقاق أجرة المثل للعمل، وعدم وجود أجرة المسمى كما لا ثمرة لاختلافهم في البطلان وعدمه بعد اتفاقهم على ثبوت أجرة المسمى بعد العمل واتفاقهم أيضاً على جريان قاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في المقام فتأمل وراجع المطولات.

(٢٧) لأن ذلك نحو تعيين إجمالا وقد جرت السيرة عليه في الجملة ولو فرضت الجهالة فهي من الجهالة المغتفرة التي يتسامح فيها الناس.

(٢٨) للإجماع، ولقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٢٩) تعيين أجرة المثل فيما هو المتعارف معلوم لما مر ويمكن أن يراد بالحلاوة أجرة المثل أيضاً فيكون ما هو المتعارف من موارد ذكر الأجرة

(مسألة ٧): لا يعتبر ان يكون الجعل ممن له العمل فيجوز ان يجعل جعلا من ماله لمن خاط ثوب زيد أو رد دابته(٣٠).

(مسألة ٨): لو عين الجعالة لشخص واتى بالعمل غيره لم يستحق ذلك الشخص، لعدم العمل ولا ذلك الغير، لأنه ما أمر بإتيان العمل ولا جعل لعمله جعل فهو كالمتبرع.

نعم لو جعل الجعالة على العمل لا بقيد المباشرة بحيث لو حصل ذلك الشخص العمل بالإجارة والاستنابة أو الجعالة شملته الجعالة وكان عمل ذلك الغير تبرعا عن المجعول له ومساعدة له استحق المجعول له بسبب عمل ذلك العامل الجعل المقرر(٣١).

(مسألة ٩): إذا جعل الجعل على عمل وقد عمله شخص قبل إيقاع الجعالة أو بقصد التبرع وعدم أخذ العوض يقع عمله ضائعا وبلا جعل وأجرة(٣٢).

(مسألة ١٠): انما يستحق العامل الجعل المقرر لو كان عمله

المعلومة فإن أجرة المثل معلومة نوعا.

(٣٠) للإطلاق، والاتفاق، وسيرة المتشرعة في الجملة والانصراف إلى من كون الجعل لمن له العمل غالبي لا اعتبار به.

ثمَّ ان الوجه في الفرع الآتي واضح لا يحتاج إلى البيان.

(٣١) لفرض عدم اعتبار المباشرة بالنسبة إلى المجعول له وانه يستحق الجعل ولو بالتسبيب بأي نحو حصل.

(٣٢) أما في الأول: فلعدم وقوع تسبب من الجاعل بعد، حتى يضمن أجرة العمل بواسطة التسبب فلا منشأ للضمان أصلا.

وأما في الثاني: فلفرض ان العامل قصد التبرع فأسقط عوض عمله بذلك فلا وجه لضمان العوض فيه أيضاً.

لأجل ذلك(٣٣).

فيعتبر اطلاعه على التزام العامل به، فلو عمل لا لأجل ذلك بل تبرعا لم يستحق شيئا(٣٤)، وكذا لو تبين ذلك المخبر، كما إذا أخبر مخبر بأن فلانا قال من رد دابتي فله كذا فردها أحد اعتمادا على إخباره مع انه لم يقله لم يستحق شيئا لا على صاحب الدابة ولا على المخبر الكاذب(٣٥).

نعم لو كان قوله أوجب الاطمئنان لا يبعد ضمانه أجرة مثل عمله

---

(٣٣) لأن العمل في نفسه محتمل لأن يكون لنفس العامل، أو لشخص آخر أو للجاعل وفي مثله لا بد من تعيينه بالإضافة إلى الجاعل كما في كل فعل قابل للاشتراك مع أن التسبب من الجاعل إلى استيفاء العمل لا يتحقق إلا بعلم العامل مضافا إلى ظهور الاتفاق على اعتبار ذلك ويكفي في الإضافة مجرد الداعي الارتكازي الإجمالي ولا يعتبر الالتفات التفصيلي، للأصل والإطلاق وظهور الإجماع.

(٣٤) العمل المأتي به.

تارة: يكون تبرعا فلا وجه للاستحقاق، للأصل بعد عدم تحقق الإضافة إلى الجاعل.

وأخرى: يكون لغير الجاعل.

وثالثة: يؤتى به غافلا عن كل جهة واضافة بالمرة ومقتضى الأصل عدم استحقاقه للعوض في هذين القسمين أيضاً بعد عدم تحقق الإضافة إلى الجاعل وإضافة العمل إليه حتى يثبت استيفاؤه لعمل العامل.

(٣٥) أما عدم الاستحقاق على صاحب الدابة فلعدم حصول التسبب لإيجاد العمل فلا وجه لاستحقاق العامل عليه، وأما على الكاذب فلعدم اضافة العمل إليه فلا وجه للاستحقاق أيضاً فمن أضيف إليه العمل لم يتسبب ومن تسبب لم يضف إليه العمل.

للغرور(٣٦).

(مسألة ١١): لو قال «من دلني على مالي فله كذا»فدله من كان ماله في يده لم يستحق شيئا لأنه واجب عليه شرعا(٣٧)، وأما لو قال «من رد مالي فله كذا» فإن كان المال مما في رده كلفة ومئونة كالعبد الآبق والدابة الشاردة استحق الجعل المقرر(٣٨)، وإن لم يكن كذلك كالدرهم والدنانير لم يستحق شيئا(٣٩).

(مسألة ١٢): إنما يستحق الجعل بتسليم العمل(٤٠) فلو جعل على رد الدابة إلى مالكها فجاء بها في البلد فشردت لم يستحق الجعل.

---

(٣٦) لقاعدة: «المغرور يرجع إلى من غره»المعمول بها عند الفقهاء كما تقدم[1]، ولا ريب في حصول التغرير ان حصل ذلك من قوله وهو يختلف باختلاف الموارد والأشخاص.

(٣٧) لما مر غير مرة من أنه لا يجوز أخذ العوض على الواجب والمال كان عنده أمانة شرعية يجب عليه أعلامها.

(٣٨) لعدم وجوب تحمل الكلفة والمؤنة عليه في رد مال الغير إن لم يتسلط عليه عدوانا فيستحق الجعل لما تحمل من الكلفة والمؤنة، وأما إن كان يده يد عدوان فلا يستحق شيئا، بل يجب عليه تحمل الكلفة والمؤنة مقدمة لإيصال المال إلى صاحبه كما تقدم في كتاب البيع ويأتي في كتاب الغصب أيضاً.

(٣٩) لفرض انه لا كلفة ولا مئونة في البين فيكون الرد واجبا شرعيا عليه ويصير مثل القسم الأول.

(٤٠) للإجماع، ولأنه المنساق من الأدلة، وللسيرة المستمرة، وأصالة عدم

---

(١) راجع ج: ١٦ ص :٣٤٧ ـ ٣٥١.

نعم، لو كان الجعل على مجرد إيصالها إلى البلد استحقه، كما انه لو كان الجعل على مجرد الدلالة عليها وإعلام محلها استحق بذلك الجعل[٤١] وان لم يكن منه إيصال أصلا.

(مسألة ١٣): لو قال: «من رد دابتي مثلا فله كذا» فردها جماعة اشتركوا في الجعل المقرر بالسوية إن تساووا في العمل وإلا فيوزع عليهم بالنسبة[٤٢].

(مسألة ١٤): لو جعل جعلا لشخص على عمل كبناء حائط أو خياطة ثوب فشاركه غيره في العمل يسقط عن جعله المعين ما يكون بإزاء عمل ذلك الغير[٤٣]، فإن لم يتفاوتا كان له نصف الجعل[٤٤] وإلا فبالنسبة، وأما الآخر فلم يستحق شيئا لكونه متبرعا.

نعم، لو لم يشترط على العامل المباشرة بل أريد منه العمل مطلقا ولو

الاستحقاق إلا بالتسليم.

(٤١) لتوافقهما على ذلك فيشمله دليل «المؤمنون عند شروطهم»[١]، مضافا إلى ظهور الإجماع على الاستحقاق بذلك.

(٤٢) أما استحقاق الجميع للجعل المقرر فلشمول الإذن للجميع فيترتب عليه الأثر لا محالة. وأما التساوي في القسمة مع التساوي في العمل والاختلاف فيها مع الاختلاف في العمل فهو من المسلمات إن لم يكن من الفطريات.

(٤٣) لفرض عدم إتيان العامل بتمام العمل فلا وجه لاستحقاقه لتمام الأجرة.

(٤٤) لفرض إتيانه بنصف العمل فلا وجه لاستحقاقه للزائد عليه، ومنه يعلم الوجه في أنه لو لم يكن بقدر النصف انه يستحق بالنسبة وذلك لأن الأجرة

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

بمباشرة غيره وكان اشتراك الغير معه بعنوان التبرع عنه ومساعدته استحق المجعول له تمام الجعل.

(مسألة ١٥:) الجعالة قبل تمامية العمل جائزة من الطرفين[٤٥] ولو بعد تلبس العامل بالعمل وشروعه فيه[٤٦] فله رفع اليد عن العمل، كما ان للجاعل فسخ الجعالة ونقض التزامه على كل حال[٤٧] فإن كان ذلك قبل التلبس لم يستحق المجعول له شيئا[٤٨]، وأما لو كان بعد التلبس فإن كان

تقسط على مقدار العمل عرفا وظاهرهم الاتفاق على ذلك كله والوجه في بقية المسألة واضح لما بينه‌ﷺ بلا موجب للتطويل والوجه في الفرع اللاحق واضح أيضاً.

(٤٥) إجماعا، ولأن المنساق منها عرفا انها كأمر الغير بإتيان عمل ولا معنى للزوم فيه سواء كانت عقدا أو إيقاعا أو من مجرد التسبيب إلى شيء.

نعم، أمر الشارع يجب اتباعه وهو حكم شرعي لا أن يكون لزوما حقيا.

(٤٦) لإطلاق معقد الإجماع، واستصحاب بقاء الجواز. وأما ما في الشرائع من انها جائزة قبل التلبس فإن تلبس فالجواز باق من طرف العامل ولازم من طرف الجاعل إلا أن يدفع أجرة ما عمل.

فإن أراد باللزوم لزوم دفع الجاعل أجرة ما عمله العامل قبل فسخ الجعالة ونقض التزامها فهو حق لا ريب فيه لفرض ان الجاعل استوفى ذلك العمل بتسبيب منه فيجب عليه دفع عوضه، وان أراد أن الجعالة كالرهن في الجواز من طرف واللزوم من طرف آخر فهو مخالف للإجماع والاستصحاب ولا دليل عليه من عقل أو نقل.

(٤٧) لأنه لا معنى للجواز إلا ذلك كما هو واضح.

(٤٨) لأن الأجرة جعل بإزاء العمل والمفروض انه لم يأت بشيء منه مضافا إلى الأصل والإجماع.

الرجوع من العامل لم يستحق شيئا[٤٩].

وإن كان من طرف الجاعل فعليه للعامل أجرة مثل ما عمل[٥٠] ويحتمل الفرق في الأول[٥١] ـ وهو ما كان الرجوع من العامل ـ بين ما كان

---

(٤٩) كما عن جمع كثير ـ منهم الشهيدين، والمحقق الثاني ـ بل نسب إلى المشهور، للأصل، ولأنه أقدم على إسقاط حقه، ولأن العمل كان هو المجموع من حيث المجموع. هذه أدلتهم .

والكل مخدوش في مقابل أصالة احترام العمل التي هي من أهم الأصول النظامية العقلائية المقررة شرعا بمثل قوله تعالى ﴿لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[١]، فإن عمل الحر بعد الاستيفاء مال، أما التمسك بالأصل فلا وجه له مع وجود أصالة احترام العمل، وأما الإقدام على إسقاط الحق فهو مردود لأنه إما انطباقي أو قصدي والمفروض انتفاء كل منهما كما لا يخفى، وأما ان العمل كان هو المجموع من حيث المجموع فهو من مجرد الدعوى ما لم يدل عليه دليل بالخصوص بل المتعارف في الأعمال تقسيط العوض على أبعاضها، اما العوض الجعلي أو الواقعي، ولذا ذهب جمع منهم المحقق في الشرائع إلى استحقاق العامل للأجرة بالنسبة إلى ما عمل، إما من العوض الجعلي إن كان تعارف فيه على التقسيط أو من أجرة المثل إن لم يكن كذلك.

(٥٠) لأصالة احترام العمل، وقاعدتي الغرور ونفي الضرر هذا إذا لم يكن عرف معتبر على تقسيط الأجرة المسماة على أبعاض العمل وإلا فيستحق من الأجرة المسماة بالنسبة.

(٥١) والأولى الإيكال إلى العرف وأهل الخبرة، وهو مما يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والموارد فإن حكم بعدم استحقاق شيء فلا يستحق شيئا وإن حكم بتقسيط الأجر المسمى يقسط وإن حكم بأجرة المثل تتعين، وإن

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

العمل مثل خياطة الثوب وبناء الحائط ونحوهما مما كان تلبس العامل به بإيجاد بعض العمل وبين ما كان مثل رد الضالة والآبق ونحوهما مما كان التلبس به بإيجاد بعض مقدماته الخارجة فله من المسمى بالنسبة إلى ما عمل في الأول، بخلاف الثاني فإنه لم يستحق شيئا.

والمسألة محل إشكال(٥٢)، فلا ينبغي ترك الاحتياط بالتراضي والتصالح على كل حال.

(مسألة ١٦): ما ذكرنا من أن للعامل الرجوع عن عمله على كل حال ولو بعد التلبس والاشتغال انما هو في مورد لم يكن في عدم إنهاء العمل ضرر على الجاعل وإلا فيجب عليه، إما عدم الشروع في العمل وإما إتمامه بعد الشروع(٥٣) مثلا إذا وقعت الجعالة على قلع عينه أو بعض العمليات المتداولة بين الأطباء في هذه الأزمنة، حيث ان الصلاح والعلاج مترتب على تكميلها، وفي عدمه فساد لا يجوز له رفع اليد عن العمل بعدم التلبس له والشروع فيه، ولو رفع اليد عنه لم يستحق في مثله شيئا بالنسبة إلى ما عمل بلا إشكال(٥٤).

(مسألة ١٧): لو جعل مقدارا معينا من مسافة معينة فرده من بعض تلك المسافة، فإن كان المقصود خصوص الرد وذكرت المسافة المعينة من

تردد فلا بد من التراضي وذلك كله لأن المسألة عرفية لا أن تكون تعبدية.

(٥٢) ويشهد له ما قاله في الجواهر في المقام: «ان المسألة غير محررة في كلماتهم».

(٥٣) لأن الجعل يقع في نظائره على مجموع العمل من حيث المجموع وعلى تمامه ولا يكون العمل فيها مبعضا بنظر العرف، مضافا إلى ظهور الإجماع وقاعدة نفي الضرر.

(٥٤) لعدم تسبب للجاعل لمثل هذا العمل أصلا وانما تسبب للعمل التام

باب الظن بأنه يوجد فيها فيستحق تمام المقدار(٥٥) وان كان من باب الموضوعية وتقسيط الجعل على المسافة يستحق من الجعل بمقدار ما سافر(٥٦)، وإن شك في أنه من أي القسمين يستحق الأقل(٥٧) والأحوط التصالح بالنسبة إلى الأكثر(٥٨).

(مسألة ١٨): لو أنكر المالك الجعل أصلا وادعاه العامل يقدم قول المالك(٥٩)، ولو تنازعا في مقدار الجعل يقدم قول الجاعل مع اليمين(٦٠) وإذا حلف يثبت عليه أقل الأمرين فيما يدعيه العامل(٦١).

(مسألة ١٩): لو قال المالك للعامل حصل المجعول له من دون سعيك فلا تستحق الجعل، قال العامل بل حصل بسعيي يقدم قول المالك(٦٢).

مقيدا بالتمامية، بل لو حصل برجوعه عن العمل ضرر على الجاعل يضمن لقاعدة نفي الضرر وظهور الاتفاق.

(٥٥) لتحقق الرد الذي يكون مدار استحقاق تمامه عليه.

(٥٦) لفرض تقسيط الجعل على المسافة فلا وجه لاستحقاقه ما زاد عليها.

(٥٧) لأنه المتيقن إن لم تكن قرينة معتبرة على الخلاف كما هو المفروض.

(٥٨) لاحتمال كون المقام من المتباينين وقد ادعى الإجماع على لزوم الاحتياط فيه ولكنه ممنوع صغرى وكبرى كما تقدم.

(٥٩) لأصالة عدم الجعل إلا ان يثبت بحجة معتبرة وهي مفقودة.

(٦٠) لأن الفعل فعله، وأصالة براءة ذمته عما يدعيه العامل.

(٦١) لاعتراف العامل باستحقاق الأقل ان كان أقل مما يقوله الجاعل ولحجية اليمين في قطع الخصومة لو كان ما يقوله الجاعل أقل مما يدعيه العامل والأحوط التراضي مطلقا.

(٦٢) لأصالة براءة ذمته عن الجعل إلا ان يثبت اشتغالها بوجه معتبر.

(مسألة ٢٠): لو اختلفا في صحة الجعالة وفسادها يـقدم قـول مـدعى الصحة[٦٣].

(مسألة ٢١): لو اختلفا في أن الواقع بينهما جعالة أو إجارة يقدم قول من يدعى الثانية[٦٤].

(مسألة ٢٢): لو اختلفا في تسليم المجعول له إلى الجاعل وعدمه يقدم من يدعى العدم[٦٥].

---

(٦٣) لأصالة الصحة الجارية في كل عقد عند تردده بين الصحة والفساد.

(٦٤) لأصالة اللزوم عند تردد العقد بينه وبين الجواز.

(٦٥) لأصالة عدم الوصول، ولقاعدة اليد إلا مع حجة معتبرة على الخلاف.

فصل في التأمين

التأمين: هو الالتزام بتدارك النقص أو التلف ـ بما هو المقرر عندهم ـ في شيء بعوض معين[1]. ولا ريب في مشروعيته[2].

فصل في التأمين

التأمين: من المعاهدات الشائعة بين الناس على اختلاف أصنافهم وأديانهم وتتسع فروعه ومسائله باتساع مورده الشامل للجماد ـ المنقول وغير المنقول ـ والنبات، والحيوان، والإنسان بأصنافها وأنواعها التي تتعلق بها الأغراض العقلائية التي بها تزداد الفروع والمسائل.

ونشير الى بعض كلياته بنحو الإجمال حسب ما عندنا من الأدلة وعلى الله الاتكال:

(١) هذا التعريف عام يشمل جميع أقسامه المتصورة من النفس والمال والاعتبار، ويشمل ذلك المتعاقدين والعوض والعقد بين الطرفين، كما هو معلوم بلا فرق بين إن يعرّف بما ذكرناه أو يقال: «عقد ثمرته حصول تعهد من أحد الطرفين بتعويض الطرف الآخر عن كل خسارة أو ضرر يلحق به في حالة تحقق خطر معين مقابل دفع القسط».

(٢) لعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، وقوله تعالى ﴿لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[2]، وقول النبي

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(مسألة ١): يصح أن يكون التأمين عقدا معاوضيا مستقلا بنفسه في مقابل سائر العقود[٣].

الأعظم ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[١]، وقول أبي عبدالله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم: «استوثق من مالك ما استطعت»[٢]، وشموله للنفس والعرض يكون بالأولى. كما إن شمول الجميع لكل عقد عرفي إلا ما ورد الردع عنه واضح ولم يرد الردع عنه على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(٣) لما مر من شمول العمومات، والإطلاقات لكل عقد عرفي لم يردع عنه الشارع، ودليل الردع مفقود، فشمول العموم والإطلاق مسلم.

وما يتوهم من إن التمسك بالإطلاق، والعموم تمسك بالدليل في الموضوع المشكوك واضح الفساد لفرض صدق العقد والعهد عليه عرفا ولغة.

وقد يستدل على عدم صحة كونه عقدا مستقلا.

تارة: بأن العقود منحصرة فلا يتعدى عنها.

وأخرى: بأنها توقيفية كالعبادات فلا بد من الاقتصار عليها.

وثالثة: بدعوى الإجماع.

ورابعة: بأصالة عدم ترتب الأثر.

والكل باطل.

أما الأول: فلان الحصر ليس عقليا بل استقرائي بحسب تلك الأزمنة التي لم تصل الأفكار إلى ما وصلت إليه في هذه الأعصار.

وأما الثاني: فلأن الشارع أخذ موضوع العقود والإيقاعات عن العرف واللغة وأهل المحاورة.

وأما الثالث: فعهدة إثباته على مدعيه، مع انه حادث لا أثر له في كلمات

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب الرهن: ١.

كما يمكن أن يكون من الجعالة[٤]، أو من غيرها كالصلح مع العوض، والهبة المعوضة، أو ضمان عين بالعوض[٥].

القدماء مضافا إلى أنه معلوم المدرك، وأما الأخير فلا وجه له في مقابل العمومات والإطلاقات.

(٤) لو أنشأ بهذا العنوان فتشمله أدلة الجعالة حينئذ، فيقول المستأمن (المؤمن له) للمؤمن ـ خاصا أو عاما ـ: «من تحمل خسارة دابتي أو بيتي لو حصلت أعطيه في كل شهر عشرة دنانير مثلا»، أو يقول المؤمن للمستأمن: «أ تحمل خسارة الدواب أو البيوت وآخذ من صاحبها في كل شهر عشرة دنانير»، وتقدم صحة كل منهما في أول كتاب الجعالة وستأتي المناقشة في ذلك مع دفعها.

(٥) لصحة انطباق كل ذلك عليه لو أنشأ بتلك العناوين والإشكال على كونه من الهبة المعوضة يأتي ذكره ودفعه عن قريب.

وأما الإشكال على انه من ضمان ما لم يجب على فرض إنشائه بعنوان الضمان.

فمدفوع: بما مر مكررا من انه يجزي المعرضية العرفية للضمان ولا ريب في ثبوت المعرضية، إذ كل حادث معرض للحوادث والآفات كما هو معلوم لكل ذي شعور وقد فصلنا القول في كتاب الضمان.

ومن ذلك يظهر بطلان الاشكال على أنه من ضمان الأعيان غير المضمونة، لما عرفت.

ففي مقام الثبوت لا إشكال في صحة انطباق كل من هذه العقود على التأمين المتعارف.

إنما الكلام في مقام الإثبات وهو يتوقف على بيان أمرين.

الأول: تسالم الفقهاء بل العقلاء ـ كما تقدم ـ على ان عناوين العقود

والأول هو الصحيح[٦]. أيضاً.

قصدية ومتقومة بالقصد والاختيار، لا ان تكون انطباقية قهرية فما لم تقصد لا تقع، والظاهر بل المعلوم ان عامة الناس في العالم كله حين يعقدون عقد التأمين لا يخطر ببالهم عنوان خاص من عناوين سائر العقود، فكيف يصح ما لم يقصد؟ !أم كيف يترتب الأثر على ما لم يكن بمقصود ومراد؟ !مع تقوم العقود بالقصد الإرادة.

نعم، حيث ان الصلح فيما بين العقود مبنى على التخفيف والتسهيل والمسامحة كما مر فسومح فيه بما لم يتسامح في غيره حتى انه أثبت فقهاء الفريقين نحوا من الصلح القهري ـ كما تقدم ـ فيمكن إدخال المقام فيه.

ولكنه بعيد لظهور كلماتهم في أن الصلح القهري مختص بموارد خاصة يستفاد ذلك من سياق دليل خاص، لا أن يكون ذلك مطابقا للقاعدة بحيث يصح إدخال كل مورد في الصلح القهري.

هذا، مع ظهور اتفاقهم على ان عناوين العقود لا ينشأ بعضها ببعض، فمن يصدر منه عقد التأمين يقصده مستقلا وفي حد نفسه لا أن يقصد من شؤون غيره وتبعا لما سواه من سائر العقود.

الثاني: مقتضى الأصل عند الشك في كونه تابعا لعقد آخر أو من صغرياته عدم التبعية وكونه منها.

وما يتوهم من ان هذا الأصل معارض بأصالة عدم الاستقلالية.

مدفوع: بأنه مع قصد أصل العقد وذاته وجدانا ينطبق عليه عنوان الاستقلالية قهرا فلا شك حتى يجري الأصل فيها حينئذ، فمقتضى الأصل والوجدان كونه عقدا مستقلا ويكفي في صحته آية التراضي[١]، ولا شبهة فيه إلا ما مر ذكره وتقدم جوابه.

(٦) لما تقدم في الأمرين، وأشكل عليه.

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

نعم، لو أنشأ بعنوان الجعالة يجري عليه حكمها(٧).

تارة: بأن هذا العقد باطل من جهة الغرر والجهالة، فإن الخسارة الواردة غير معلومة لأحد لا بحسب أصلها، ولا كميتها، وكيفيتها، وهكذا أصل التلف فكيف يصح أن يتدارك ذلك بالمال.

وأخرى: بأنه معلق على تحقق الخسارة، وظاهر الفقهاء التسالم على أن التعليق في العقود يوجب البطلان.

وكل من الإشكالين فاسد. أما الأول: فلأنه لا غرر ولا جهالة في البين مع إقدام العقلاء على هذا العقد وتحديدهم للحوادث الواردة إما بنحو العموم أو الخصوص مع التعيين من سائر الخصوصيات والجهات فلا موضوع حينئذ للغرر والجهالة أصلا.

وأما الثاني: فلأنه لا تعليق في مقام الإنشاء لحصول التزام عقد التأمين بمجرد إنشاء المؤمن جامعا للشرائط وحصول اشتغال ذمة المستأمن بالمال كذلك أيضاً ومن اللوازم العرفية لهذا العقد تحمل الخسارة الواردة نظير تحمل الخسارة في سائر موارد الضمانات، مع أنه لا تعليق فيها، ويصح ان يقال أيضاً: ان هذا القسم من التعليق لا يضر لأنه تعليق على مقتضاه، وهو صحيح كما صرحوا به والتعليق المبطل في غير هذه الصورة على ما فصلناه في شرائط العقد[١].

ويمكن ان يقال: ان التأمين عقد مستقل برأسه وإن أفاد فائدة جملة من العقود ـ كالصلح، والإجارة، والجعالة، والهبة المعوضة ـ فكما ان الصلح عقد مستقل برأسه ويفيد فائدة هذه العقود فليكن التأمين كذلك أيضاً، لأنه بعد فرض إمكان انطباقه على كل واحد من هذه العقود يشمله إطلاق ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ في ظرف هذه الاستفادة أيضاً. كما لا يخفى.

(٧) لما تقدم، ومر أن الجعالة من الأسباب فيكون التأمين أيضاً كذلك.

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة: ٢٤٩ ـ ٢٥١.

وأشكل على صحة كونه من الجعالة بوجوه.

الأول: إن فيها لا بد وان يكون الجعل من الجاعل دون العامل بخلاف المقام يكون الجعل فيه ممن هو بمنزلة العامل أي المستأمن (طالب التأمين).

الثاني: في الجعالة يكون التبادل بين العمل والمال، وفي المقام يكون المال بإزاء تدارك الخطر (تحمل الحوادث المقررة) لا بين المال والعمل.

الثالث: في الجعالة لا يملك العامل على الجاعل شيئا، بمجرد الجعل بل بإتيان العمل، وقد جعل ذلك هو الفارق بينها وبين الإجارة بخلاف المقام، فإن المؤمن يملك على المستأمن القسط ولو قبل العمل.

الرابع: إن في الجعالة لا يستحق الطرف على الجاعل شيئا لو لم تحصل الوظيفة المجعولة له، بخلاف المقام فإن المؤمن يستحق القسط على المستأمن ولو لم يحصل خطر ولا خسارة في البين أصلا.

والكل مخدوش..

أما الأول فلأن كون الجعل من الجاعل في الجعالات المتعارفة إنما هو غالبي لا أن يكون من مقومات ذات الجعالة ـ كما تقدم ـ فلو قال قائل: «إني أرد العبد الآبق وآخذ من صاحبه كذا وكذا»و قبل الطرف الآخر يكون ذلك جعالة وينطبق ذلك على المقام قهرا.

وأما الثاني: فلأن تقوّم الجعالة بأن يكون فيها غرض عقلائي مع جعل المال سواء كان الغرض العقلائي عملا أو شيئا آخر، بل ولو كان أمر عدميا كما تقدم بل العقود مطلقا تدور مدار الأغراض الشرعية العقلائية إلا ما دل دليل على التحديد والتقييد ولم يرد ذلك في الجعالة وما ذكره الفقهاء إنما هو من باب المثال، مع ان قولهم ليس بحجة ما لم يدل عليه نص أو إجماع معتبر.

وأما الثالث: فهو صحيح فيما إذا لم يكن شرط وبناء فعلي بينهما على الخلاف وإلا فالمتبع هو الشرط لأدلة وجوب الوفاء به ومنه يظهر الجواب عن الرابع.

واحتمال ان مثل هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلا.

مردود: بأنه مخالف لإطلاقه لا لذاته، ومع الشك فالمرجع أصالة عدم

(مسألة ٢): عقد التأمين يحتاج إلى الإيجاب والقبول[٨] ويكفي فيهما كل لفظ ظاهر في إنشاء هذا العنوان[٩]، ولا تعتبر فيهما العربية ولو مع القدرة عليها[١٠]، وتجري فيه المعاطاة والفضولية ويكفي في الإيجاب والقبول وقوعهما بالكتابة [١١].

المخالفة بالعدم الأزلي، كما أثبتناه في محله ولكن حيث ان عقد التأمين لم ينص عليه في الكتاب والسنة ينبغي مراعاة الاحتياط فيه.

ان قيل ان الجعالة عقد جائز فلا وجه لوجوب الوفاء بهذا الشرط (أي: دفع المال بالتقسيط).

يقال: أولا مقتضى «المؤمنون عند شروطهم» وجوب الوفاء بالشرط ولو كان في ضمن العقود الجائزة ما دام العقد باقيا، وإذا زال العقد بسبب من الأسباب يزول موضوع وجوب الوفاء قهرا كما مر في أول بحث الشروط[١].

وثانيا: بأن بناء العقلاء على الالتزام بهذا الشرط يكون مخصصا لما دل على أن الشروط المأتي بها في ضمن العقود الجائزة غير واجب الوفاء لأن عمدة الدليل على جواز الجعالة الإجماع، والمتيقن من إجماعهم غير مورد مثل هذا الالتزام الشرطي بين الطرفين.

(٨) لأنه عقد ـ كما قلنا ـ وكل عقد متقوم بهما عرفا وشرعا، بل وعقلا أيضاً إلا إذا نشأ بعنوان الجعالة كما مر.

(٩) لأن المناط في العقود ظهور اللفظ في عنوان المعقود، وقد تقدم ذلك مرارا.

(١٠) لإطلاق آية التراضي[٢]، والوفاء بالعقود[٣]، الشامل لكل لغة مطلقا.

(١١) لأن المعاطاة والفضولي موافقان للقاعدة فيجريان في كل عقد إلا ما

---

(١) راجع ج: ١٧ صفحة :٢٣٦.

(٢) سورة النساء :٢٩.

(٣) سورة المائدة :١.

(مسألة ٣): يعتبر في المتعاقدين في التأمين الشرائط العامة ـ في كل عقد من البلوغ، والعقل، والاختيار[١٢] وعدم الحجر لفلس وسفه ونحوهما[١٣].

(مسألة ٤): يصح وقوع الإيجاب والقبول عن كل من المستأمن والمؤمن فيقول المستأمن لجمعية التأمين بعد تعيين الخصوصيات: «أمّنت داري ـ مثلا ـ لك لتدارك الضرر المتوجه إليه بكذا وكذا» فيقول المؤمن «قبلت» أو يقول المؤمن للمستأمن: «أمّنت دارك عن كل ضرر وخسارة لو توجه إليه» فيقول المستأمن «قبلت»[١٤]. وإن كان الغالب ان الإيجاب من

خرج بالدليل ـ كالنكاح الذي لا تجري فيه المعاطاة ـ ولا دليل على الخروج في المقام.

نعم في لزوم المعاطاة ولو قبل التصرف كلام مر تفصيل البحث عنه في أول البيع فراجع.

وأما الوقوع بالكتابة ـ المسمى في اصطلاحهم ـ ب (بوليصة التأمين) ـ فلسيرة المتشرعة بل العقلاء في هذا الأمر العام البلوى، ولا رادع في البين من نص ظاهر معتبر، أو إجماع قائم معتمد، مع انها لا تقصر عن المعاطاة بعد إن كانت المكتوبات عنوانا مشيرا إلى التعاطي الخارجي عرفا.

(١٢) قد تعرضنا لأدلة اعتبارها في أول البيع فراجع[١]، ولا وجه للإعادة.

(١٣) لأن التصرف تصرف مالي من الطرفين ويعتبر في التصرف المالي عدم كون المتصرف محجورا كما يأتي في كتاب الحجر إلا إذا كان بإذن الولي أو الغرماء على ما سيأتي في محله.

(١٤) لتحقق العنوان المذكور بكل منهما عند المتعارف، فيشمله عموم

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة: ٢٧٢.

المستأمن والقبول من المؤمن (أي الجمعية)(١٥).

أدلة العقود لا محالة، وليس ذلك عادم النظير في الفقه وقد مر في السلف انه يصح ان يقع كل واحد من الإيجاب والقبول من كل واحد من البائع والمشتري، وكذا في الصلح لو وقع بلفظ التصالح فيصح لكل من المتصالحين إنشاء الإيجاب أو القبول، وفي المقام أيضاً يقول أحدهما للآخر: «تصالحنا لتدارك الضرر بكذا وكذا»و يقول الآخر: «قبلت»، ويأتي في النكاح انه يصح ان يقع إيجابه من كل واحد من الزوجين إذا كان بلفظ التزويج.

نعم، لو وقع عقد التأمين بعنوان الهبة المعوضة بأن يقول المستأمن (طالب التأمين»: «وهبتك ألف دينار ـ قسطا لمدة سنة كل شهر كذا ـ على تدارك الضرر أو الخسارة إن ورد على مالي»و يقول المؤمن (الشركة): «قبلت» فالمشهور عدم صحة هبة ما في الذمة، لأنه يعتبر في الهبة قبض الموهوب والقبض متقوم بالتشخص الخارجي فلا يكون الكلي مقبوضا.

وهو ظاهر الخدشة لأن قبض الكلي بقبض فرده، لما أثبتناه في محله من ان الكلي عين الفرد خارجا فلا وجه للإشكال من هذه الجهة وان كان الأحوط مراعاة قولهم.

كما يصح ان يقول المؤمن للمستأمن: «وهبتك عوض الخسارات التي سترد على مالك ـ مثلا ـ بما تدفع من الاقساط»و يقول المستأمن للمؤمن «قبلت»، والإشكال على هبة ما في الذمة يجري هنا أيضاً مع جوابه.

هذا إذا كان الموهوب كليا ودفع بالأقساط ـ كما هو الغالب في دفع مبلغ التأمين من المستأمن ـ وأما إذا كان شخصيا خارجيا كما دفع جميع الاقساط دفعة واحدة بألف دينار معين مثلا فلا إشكال من هذه الجهة أصلا.

(١٥) هذا من باب الغالب وإلا تقدم صحة وقوع كل من الإيجاب والقبول من أيهما كان لما عرفت.

(مسألة ٥): التأمين من العقود اللازمة(١٦) من الطرفين فلا يجوز لأحدهما الفسخ إلا بأحد موجباته كما سيأتي.

(مسألة ٦): يجوز لكل واحد من المتعاقدين تعيين كل شرط سائغ شرعا في متن العقد(١٧) كما إذا شرط المؤمن (الشركة أو الجمعية) على المستأمن أن يعلمه بما يطرأ عليه من الخطر في حينه(١٨)، ويجب أن يكون الشرط جامعا لشرائط الصحة(١٩).

(مسألة ٧): لا يجري في هذا العقد الخيارات(٢٠) إلا خيار الشرط، وخيار الاشتراط (أي تخلف الشرط) وخيار الغبن(٢١) في ما إذا كان

---

(١٦) لما أثبتناه ـ غير مرة ـ من أصالة اللزوم في كل عقد إلا ما خرج بالدليل وهو مفقود في المقام.

نعم لو أنشأ بعنوان الجعالة يجري عليه حكمها وهو الجواز بالإجماع.

(١٧) للأصل، والعمومات كقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[١]، إلا شرطا كان خلاف الكتاب والسنة كما مر.

(١٨) لأنه شرط سائغ يشمله ما تقدم من العمومات كسائر الشروط الجائزة.

(١٩) كما تقدم في مباحث الشروط[٢]، فلا وجه للإعادة.

(٢٠) لاختصاص أدلة تلك الخيارات بخصوص البيع مثل المجلس والحيوان وغيرهما فلا يشمل المقام.

(٢١) لعموم أدلة تلك الخيارات الشاملة لكل عقد مملك إلا ما خرج بالدليل ولا دليل على الخلاف في المقام.

وأما خيار العيب فهو مبني على جريانه حتى فيما إذا كان أحد العوضين

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور: ٤.

(٢) راجع ج: ١٧ صفحة: ٢١٩ ـ ٢٢٦.

التفاوت بينهما(أي: التعويض، وقسط التأمين) بما لا يتسامح فيه عرفا(٢٢).

(مسألة ٨): يجوز أن يكون عقد التأمين موقتا بوقت خاص(٢٣) فلا بد من تعيينه وتحديده(٢٤)، كما يمكن أن يكون دائميا ما دام حياة المستأمن مثلا(٢٥).

أو كلاهما (مبلغ التأمين الذي تدفعه الشركة للمستأمن، وأقساط التأمين الذي تدفع للشركة) كليا فإن قلنا بجريانه فيه فيجري في المقام أيضاً وإلا فلا.

نعم، لو اعطى القسط وكان معيوبا فلا يقع ذلك فردا عما في الذمة فكأنه لم يدفع هذا القسط أصلا وتبقى الذمة مشغولة وكذا في التدارك (أي مبلغ التأمين أو العوض).

(٢٢) لتحقق الضرر حينئذ وهو الموجب للخيار كما تقدم في خيار الغبن.

(٢٣) لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1].

(٢٤) لعدم إقدام العرف والعقلاء على التوقيت المجهول، وانه غرر.

(٢٥) لعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2]، وغيره من العمومات ـ الشامل لهذه الصورة أيضاً. وتوهم أن أمد الحياة غير معلوم فيبطل العقد لهذه الجهة (فاسد) لمعلومية أمد الحياة النوعي بأنها لا تتجاوز غالبا عن مائة سنة.

وعمدة الإشكال في المقام ثبوت الجهالة في المدة فيشملها دليل نفي الغرر، والإجماع الذي ذكروها في مدة الإجارة ومدة المتعة.

والأول مردود بأن الجهالة المانعة عن صحة العقود هي الجهالة التي يستقبحها المتعاقدون من العقلاء، وفيما إذا أقدموا عليه لا وجه لتحقق البطلان.

وأما الإجماع فمعلوم المدرك فإن مدرك المجمعين قاعدة نفي الغرر فهو إجماع اجتهادي لا أن يكون تعبديا.

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور: ٤.

(٢) سورة المائدة: ١.

(مسألة ٩): لا فرق في مورد التأمين (المؤمن عليه) بين أن يكون الخطر الوارد عليه محتمل الوقوع في المستقبل أو معلوم العدم كذلك أو معلوم الوجود[٢٦].

(مسألة ١٠): لا يختص التأمين بالشركة المعدة لذلك بل يصح التأمين بين أشخاص بعضهم مع بعض (أي التأمين بالتقابل)[٢٧].

وكذا يجوز التأمين بين أعضاء الشركة بعضهم مع بعض[٢٨]، كما يجوز ترامي التأمين (أي إعادة التأمين أو التأمين المضاعف) فيؤمن المؤمن مؤمن آخر وهكذا[٢٩]، ويجوز تعدد المؤمن ووحدة المستأمن[٣٠] كما يجوز العكس[٣١].

(مسألة ١١): يصح تأمين السفن الشاحنات إن كانت حمولتها من

نعم، لا ريب في تحقق الجهالة في الجملة وكون مثل هذا موجبا للبطلان وكونه مراد المجمعين أول الدعوى وإن كان الأحوط إيجاد العقد حينئذ بالتصالح أو الجعالة.

(٢٦) لفرض أنه في جميع ذلك غرض عقلائي وتقدم ان عقد التأمين يدور مدار ذلك، فيشمله ما تقدم من الأدلة.

نعم، في الاحداث الواقعة قبل عقد التأمين لا وجه للتأمين مع علمهما بذلك كما هو المقرر عندهم أيضاً.

(٢٧) لعموم ما تقدم من الأدلة لهذه الصورة أيضاً بعد توفر الشروط.

(٢٨) لما مر من العموم والإطلاق.

(٢٩) للأصل، وعموم ما تقدم من الأدلة.

(٣٠) مستقلا أو جزءا لأصالة الإباحة الوضعية والتكليفية وقاعدة السلطنة مضافا إلى ما تقدم من العمومات.

(٣١) لعين ما تقدم في سابقة.

المحللات، ولو كانت الحمولة من المحرمات ـ كالمسكرات ـ فيصح تأمين السفن والشاحنات دون الحمولة (البضاعة)(٣٢)، ولو وقع التأمين عليهما معا بعقد واحد يصح بالنسبة إلى السفن والشاحنات دون الحمولة(٣٣)، وأما التأمين على المكائن التي تولد المحرمات كالخمر فلا يصح تأمينها بوجه إلا إذا كانت من المكائن المشتركة في نتاجها بين المحرم والمحلل وقصدت المنفعة المحللة، وكذا الكلام في المخازن(٣٤).

(مسألة ١٢): لو ظهر بطلان عقد التأمين فإن كان قبل حدوث الخسارة المؤمن عليها وقبل دفع المستأمن شيء من الأقساط فلا شيء عليهما(٣٥)، وان دفع المستأمن بعض الأقساط فيملكه المؤمن ـ الشركة ـ(٣٦)، ولو تحمل الخسارة وظهر البطلان فللمستأمن دفع الأقساط

---

(٣٢) أما الأول فلوجود المقتضي للصحة وفقد المانع عنها.

وأما الثاني فلما قدمناه من انه يعتبر في مورد التأمين ان لا يكون نهي شرعي، والمفروض تحققه في المقام.

(٣٣) لانحلال العقد بحسب اجزائه كما تقدم في كتاب البيع.

(٣٤) لما تقدم في المكاسب المحرمة من كتاب البيع[١]، ولا داعي للإطالة بالتكرار.

(٣٥) لعدم وقوع التزام صحيح بين الطرفين.

(٣٦) لقاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و المفروض ان المستأمن ضمن إعطاء القسط بداعي تحمل الخسارة لو حصلت، فيثبت الضمان لو كان العقد صحيحا ويكون كذلك لو كان العقد فاسدا وليس للمؤمن (الشركة) مطالبة ما لم يدفع ـ أو بقي ـ من الأقساط لفرض بطلان العقد وزوال

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة: ٦٣ ـ ٦٦.

بما هي عليه(٣٧).

(مسألة ١٣): لو خالف أحدهما بما التزم به للآخر يثبت الخيار للطرف الآخر(٣٨).

(مسألة ١٤): الأرباح المجتمعة عند المؤمنين (الشركات) من الأموال المأخوذة من المستأمنين في التأمين على الحياة يجوز لهم (أي لطالب التأمين) أخذ ما يعطيه المؤمن(٣٩).

مسألة ١٥): ما تدفعه شركة التأمين إلى المستأمن في تأمين الحياة من الفائدة بعنوان الترغيب يجوز أخذه(٤٠).

موضوعه، وقد فصلنا ذلك في كتاب البيع فراجع[١].

(٣٧) لما تقدم في سابقة من القاعدة ما لم ينعدم الموضوع.

(٣٨) لفرض تخلف الشرط الموجب لثبوت الخيار كما تقدم مكررا.

(٣٩) لبناء المستأمنين (الطالبين للتأمين) على الرضاء في أخذ هذا النحو من الربح إن كان بعنوان المضاربة.

ودعوى ان مال المضاربة لا بد وان يكون من النقدين المسكوكين فلا تصح المضاربة بالأوراق النقدية المتداولة.

باطلة: لأن عمدة مستند هذا الشرط دعوى الإجماع وهو كان بحسب تلك الأعصار القديمة فكان اتفاقا اجتهاديا هذا إذا كان بعنوان المضاربة، مع انه لا وجه لموضوع المضاربة والقرض أصلا لأن المال مودع عندهم بعنوان الوديعة المأذون فيها بالتصرف، فحينئذ لا إشكال في أخذ الربح مع رضائهم.

والله العالم بحقائق الأمور.

(٤٠) لأصالة الإباحة، والتراضي الواقع بينهما على ذلك فتشمله آية التراضي[٢].

---

(١) ج: ١٦ صفحة: ٢٧٥ ـ ٢٨٦.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

وتوهم: انه من الربا المحرم لوقوع هذه الزيادة في مقابل ما أعطاه المستأمن للمؤمن.

فاسد: لأن المقام ليس من الربا المعاملي بالضرورة ولا من الربا القرضي، إذا لم يقصد القرض، بل قصد الأمانة أو الحفظ عند الشركة وأذن له في التصرف فيه.

ولو فرض انه بعنوان القرض أيضاً ليس كل ما يدفع المقترض للمقرض ربا محرم، إذ لو أعطاه بعنوان الترغيب أو التشويق، أو غير ذلك من الأغراض الصحيحة الشرعية العقلائية ليس من الربا، ولكن الأحوط ان يرجع إلى الحاكم الشرعي لأخذ هذه المنافع.

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب العارية

وهي التسليط على العين للانتفاع بها على جهة التبرع[1]، وهي من

كتاب العارية

وهي شائعة بين الناس في جميع الأمكنة والأزمان وتمام أهل الملل والأديان، وفي صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله إلى صفوان بن أمية فاستعار منه سبعين درعا بأطراقها فقال أ غصبا يا محمد؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله بل عارية مضمونة»[1]، وعن الصادق عليه السلام: «جرت في صفوان بن أمية الجمحي ثلاث من السنن: استعار منه رسول الله سبعين درعا حطمية فقال: أ غصبا يا محمد؟ فقال صلى الله عليه وآله: بل عارية مؤداة»[2]، وهذه المادة تستعمل بمعنى التردد والتحول وتسمى العارية المتعارفة عارية لتحولها من يد إلى يد.

(١) قد مر مكررا أن التعاريف المذكورة في ألسنة الفقهاء لعناوين العقود شروح لفظية كتعاريف اللغويين لما يذكرونه من اللغات فلا موضوع للنقض والإبرام فيها لأن موضوعها الحدود الحقيقية الواقعية كما ثبت في محله وإذا راجعنا مرتكزات الناس في العارية المتعارفة لديهم يحكمون بأنها: «تسليط على العين للانتفاع بها تبرعا»فتكون كذلك شرعا لأنها ليست من التعبديات، بل من الأمور العرفية التي ورد عليها الشرع كسائر العقود والإيقاعات لا أنها

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب أحكام العارية ٤.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام العارية :٢.

العقود[٢] التي تحتاج إلى إيجاب وقبول، فالإيجاب كل لفظ له ظهور عرفي في إرادة هذا المعنى كقوله «أعرتك» أو «أذنت لك في الانتفاع به» أو «خذه لتنتفع به» و نحو ذلك[٣]. والقبول كلما أفاد الرضا بذلك[٤].

أخذت من الشرع حتى تكون تعبدية ـ كالصلاة ونحوها ـ ولعل جملة من العقود المتعارفة أوضح لدى العرف مما ذكره الفقهاء في تعريفها، والمنساق إلى الأذهان العرفية في معنى العارية هو ما ذكر.

وليس المراد بالتسليط التمليك والتملك المعتبر في العقود المملكة بل مجرد الإذن والترخيص في الانتفاع فهي بالحكم أشبه منه بالوضع فالجواز فيها حكمي لا أن يكون وضعيا كما يأتي إن شاء الله تعالى، ولا ريب في أنها مباين مع الرهن لاعتبار الوثيقة للدين فيه دونها.

(٢) على المشهور بين الفقهاء، بل ظاهرهم الإجماع ولكن الانتفاع بمال الغير مجانا يمكن أن يقع بمجرد إذنه أو اباحته له أو تفويض العين إليه لهذا الغرض وكل ذلك من الإيقاع فيكون الرد مانعا لا أن يكون القبول شرطا. إلا أن يقال: إن مرادهم بالقبول مجرد رضاء المستعير بما دفع إليه المعير للانتفاع به مجانا، وعلى هذا لا ثمرة عملية بين تسميتها عقدا أو إيقاعا.

نعم، لو قيل بوقوعها بإنشاء المعير ولو مع غفلة المستعير وعدم توجهه أصلا لكانت الثمرة بينهما ظاهرة والظاهر انهم لا يقولون به فهي عقد وسّع في قبولها بما لم يوسع في قبول غيرها من العقود.

(٣) لأن المناط في صحة الإيجاب في كل عقد أن يكون له ظهور عرفي في العنوان المنشأ والمفروض ظهور كل ذلك في عنوان العارية فيصح الاكتفاء بها عند أهل المحاورة، مع إن العقود الجائزة مبنية على المسامحة من كل جهة.

(٤) لأن المدار في القبول إبراز الرضاء بما أنشأه المجيب بأي وجه تحقق ذلك إلا إذا ورد تحديد خاص فيه من الشرع ولا تحديد كذلك في المقام

ويجوز أن يكون بالفعل(٥) بأن يأخذ العين المعارة بعد إيجاب المعير بهذا العنوان، بل الظاهر أنه لا يحتاج في وقوعها وصحتها إلى لفظ أصلا، فتقع بالمعاطاة(٦)، كما إذا دفع إليه قميصا ليلبسه فأخذه للبس أو دفع إليه إناء أو بساطا ليستعمله فأخذه واستعمله.

(مسألة ١): يعتبر في المعير، أن يكون مالكا للمنفعة(٧) وله أهلية التصرف فلا تصح اعارة الغاصب عينا أو منفعة وتجري الفضولية فيها وتصح بإجازة المالك كالبيع والإجارة(٨).

وكذا لا تصح إعارة الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه أو فلس إلا مع إذن الولي والغرماء(٩).

فيصح الاكتفاء بما ذكر، مع ان الحكم بكفاية الإيجاب والقبول بما ذكر مطابق للإجماع والأصل والإطلاق.

(٥) لأنه مبرز للرضاء بالإيجاب فيصح الاكتفاء به مع عدم دليل على الخلاف ويصح التمسك بالسيرة على صحته أيضاً.

(٦) لصدق العارية على إيجادها بالمعاطاة أيضاً فتشملها الأدلة مضافا إلى أصالة الصحة بعد عدم دليل على المنع وظهور السيرة المستمرة خلفا عن سلف.

(٧) لأنها تسليط الغير على الانتفاع بالمال ولا يصح تسليط الغاصب شخصا على ما غصبه بالأدلة الأربعة كما يأتي في محله.

(٨) لما تقدم في كتاب البيع من أن عقد الفضولي مطابق للإطلاقات والعمومات إلا ما خرج بالدليل ولا دليل على الخلاف في المقام فتشمله أدلة العارية بلا مانع في البين.

(٩) لأنها تصرف مالي ولا تصح التصرفات المالية ممن ذكر إلا بإذن الولي بالضرورة الفقهية كما ثبت كل ذلك في محله تفصيلا.

وتصح إعارة الصبي إذا كان بإذن الولي[١٠].

(مسألة ٢): لا يشترط في المعير ملكية العين بل يكفي ملكية المنفعة بالإجارة أو بكونها موصى بها[١١]. له بالوصية.

نعم إذا اشترط استيفاء المنفعة في الإجارة بنفسه ليس له الإعارة[١٢].

(مسألة ٣): يعتبر في المستعير أن يكون أهلا للانتفاع[١٣] بالعين فلا

---

(١٠) أما كون تصرفه صحيحا لفرض إجازة الولي، وأما إنشاؤه فإن قلنا بأن الصبي مسلوب العبارة مطلقا فلا يبقى موضوع لإجازة الولي، لفرض كون عباراته كالعدم فلم يقع منه شيء حتى تتعلق به الإجازة، وإن قلنا بأنه ليس مسلوب العبارة بل تكون إنشاءاته كتصرفاته المالية تصح بالإجازة أيضاً، وحيث لا دليل من عقل أو نقل على كون الصبي مسلوب العبارة مطلقا فتصح إنشاءاته كتصرفاته بالإجازة إلا ما دل الدليل بالخصوص على الخلاف.

نعم، الظاهر أن المجنون وبعض مراتب غير المميز مسلوب العبارة عند العقلاء وتقدم في كتاب البيع بعض ما ينفع المقام.

(١١) لأصالة الصحة، والإطلاق، وظهور الاتفاق، وحصول الغرض من العارية على كل حال، وجريان قاعدة السلطنة بالنسبة إلى كفاية ملك المنفعة أيضاً، وأما إذا لم يكن مالكا للعين ولا المنفعة بل كان مالكا للانتفاع فمقتضى الأصل عدم صحة الإعارة إلا بإذن المالك، لأصالة عدم الحق لغير المالك على التسليط على مال المالك بإعارة ونحوها.

(١٢) لعدم قدرته عليها شرعا، لفرض اشتراط المباشرة في ذلك من الانتفاع.

(١٣) للإجماع، وللأدلة الخاصة الدالة على أنه لا يجوز تسليط الكافر على المصحف، ولا المحرم على الصيد مثلا كما مر في محله وغير ذلك من

تصح استعارة المصحف للكافر واستعارة الصيد للمحرم[١٤]، لا من المحل ولا من المحرم[١٥].

وكذا يعتبر فيه التعيين (١٦)، فلو أعار شيئا أحد هذين أو أحد هؤلاء لم يصح ولا يشترط أن يكون واحدا[١٧] فيصح إعارة شيء واحد لجماعة كما إذا قال أعرت هذا الكتاب أو الإناء لهؤلاء العشرة فيستوفون المنفعة بينهم بالتناوب أو القرعة كالعين المستأجرة وكذا يجوز أن يكون عددا غير محصور كما إذا قال أعرت هذا الشيء لكل الناس وإن كان الأحوط خلافه[١٨].

الموارد الخاصة.

(١٤) تقدم بعض ما يتعلق بالأول في كتاب البيع[١]، وما يتعلق بالثاني في كتاب الحج فراجع.

(١٥) لأن كلا منهما تسليط للمحرم على الصيد وهو لا يجوز. وأما العكس وهو ما لو كان الصيد في يد محرم فأخذه المحل منه بصورة العارية يصح لكن في كونه من العارية المصطلحة إشكال بل منع، لما مر من إنه يعتبر أن يكون المعير مالكا للعين أو المنفعة والمحرم لا يملك شيئا من الصيد وقد مر التفصيل في كتاب الحج فراجع.

(١٦) للإجماع، والسيرة العملية.

نعم، لا يبعد حصول مطلق الإذن في التصرف لواحد بعد تعيينه بالقرعة لكنه ليس من العارية المعهودة في شيء ولا يترتب عليه أحكامها.

(١٧) للأصل، والإطلاق، وظهور الاتفاق، ولأن العارية من سنخ الإباحة يتسامح فيها بما لا يتسامح في غيرها من العقود.

(١٨) دليل الجواز أن الكلي المعين له نحو تعين عرفا في مقابل المجهول

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة :٣٨٦.

(مسألة ٤): يعتبر في العين المستعارة كونها مما يمكن الانتفاع بها منفعة محللة مع بقاء عينها(١٩) كالعقارات والدواب والثياب والكتب والأمتعة والصفر والحلي بل وفحل الضراب والهرة والكلب للصيد والحراسة وأشباه ذلك فلا يجوز إعارة ما لا منفعة له محللة كآلات اللهو وكذا آنية الذهب والفضة بناء على عموم حرمة الانتفاع بها وأما بناء على اختصاص الحرمة باستعمالها في الأكل والشرب فلا تجوز إعارتها لخصوص هذه المنفعة(٢٠) وكذا ما لا ينتفع به إلا بإتلافه كالخبز والدهن والأشربة وأشباهها(٢١).

المطلق، ولا دليل على اعتبار الأزيد من ذلك في العارية التي هي من سنخ الإباحات المطلقة، ولذا نسب إلى العلامة رحمه الله الصحة فيه أيضاً، ودليل عدم الصحة انه غير معهود في العقود، والعهود المتعارفة بين الناس والمنساق من أدلة العارية عرفا، وشرعا غير ذلك فيرجع إلى أصالة عدم تحقق العنوان الخاص بعد الشك في الصدق، ولكن الظاهر تحقق الإذن، والإباحة المطلقة في الجملة فيرجع في التعيين إما إلى القرعة، أو الى التناوب في الانتفاع.

(١٩) للإجماع، والسيرة في العواري المتعارفة، والنهي عن الانتفاع بالمنافع المحرمة فيكون التسليط على العين لأجلها باطلا وحراما.

(٢٠) وقد تقدم التفصيل في فصل الأواني من كتاب الطهارة[١]، فراجع.

وأما الآلات المشتركة بين المنفعة المحللة، والمحرمة فيجوز إعارتها للمنفعة المحللة بلا إشكال، وكذا تجوز إعارتها مطلقا بلا تقييد للمنفعة المحرمة لفرض وجود المنفعة المحللة فيها فتشملها الأدلة وتقدم في المكاسب المحرمة[٢]، وسيأتي في كتاب الإجارة ما ينفع المقام.

(٢١) للإجماع على اعتبار بقاء العين في مورد العارية إلا فيما خرج

---

(١) تقدم في ج: ٢ صفحة :١٤٢.

(٢) راجع ج: ١٦ ص :٣٨ ـ ٤٦.

بالدليل ـ كما سيأتي ـ وقد جعل ذلك قاعدة في العارية وأرسلوها إرسال القواعد الكلية التي يستدلون بها في العارية ثمَّ ذكروا قاعدة أخرى وهي قولهم: «كلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته وإجارته» ثمَّ أشكلوا بأن إعارة المنحة جائزة دون إجارتها، ولا بد من بيان إنه ما المراد بقولهم: كلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه؟ و أنه ما المراد بالعين، هل المراد بها عين ما ينتفع به بلا واسطة بالدقة العقلية أو المراد العين التي تقع مورد الانتفاع عرفا؟

فإن كان المراد هو الأول فهو خلاف ما تسالموا عليه من عدم ابتناء الشرعيات على الدقائق العقلية مع إنه مستلزم لبطلان العارية، والإجارة فيما إذا أستعير محل للانتفاع بحرارته، أو ببرودته الواردة عليه والخارجة عنه ـ من الآلات الصناعية الحديثة مثلا ـ والقول ببطلانها فيه لا ينبغي ان يصدر عن عاقل فضلا عن فقيه فاضل.

وان كان المراد العين التي ينتفع بها عرفا بحيث يصدق عرفا الانتفاع ولو مع إتلاف المنفعة فيصح الانتفاع بالشاة مع بقاء عينها عرفا فيصير المثال مطابقا للقاعدة لا مخالفا لها حتى نحتاج إلى القول بأنه تعبد خاص لا بد من الاقتصار على مورده فلا يتعدى إلى الناقة والبقر، أو نقول أن المثال من مجرد الإباحة المطلقة، أو الوكالة في الانتفاع لا ان يكون من العارية كما يظهر من صاحب الجواهر، فالشاة، والناقة، والبقر، والبئر للاستسقاء، والحمام لصرف الماء كلها داخل تحت عنوان واحد يصح تطبيقها على القاعدة بالنظر العرفي الذي هو المناط في الأحكام الشرعية.

ثمَّ انه قد يستدل على استثناء المنحة بقول النبي ﷺ «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم»[1].

ونوقش فيه: بقصور السند كما هو دأبهم في النبويات ولكن الظاهر ان المتن يشهد بصدوره منه ﷺ، ولكن لا دلالة فيه على أنها كانت بعنوان العارية إذ يمكن ان يكون بعنوان مطلق الإذن في الانتفاع والإباحة، وكذا الاستدلال

(١) مستدرك الوسائل باب: ٤ من أبواب الدين والقرض حديث: ٤ وفي سنن ابن ماجه باب: ٥ من كتاب الصدقات حديث: ٢٣٩٨.

(مسألة ٥): يجوز إعارة الشاة للانتفاع بلبنها وصوفها والبئر للاستقاء منها[٢٢].

(مسألة ٦): لا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع بها لانحصار سبب حليتها بالتزويج وملك العين وبالتحليل الراجع إلى أحدهما[٢٣]**نعم لا**

بخبر الحلبي عن الصادقعليه السلام: «في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئا معلوما، أو دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا قالعليه السلام: لا بأس بالدراهم، ولست أحب أن يكون بالسمن»[١]، وصحيح ابن سنان: «سأله أيضاً عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن، ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر.

قالعليه السلام: لا بأس بالدراهم، وأما السمن فما أحب ذلك إلا أن تكون حوالب فلا بأس بذلك»[٢].

بدعوى: أنه إذا جاز مع العوض فبدونه أولى وذلك لأن الأولوية ممنوعة وعلى فرض صحتها لا وجه لتعين كونه عارية إذ يمكن ان يكون بعنوان الصلح أو الهبة.

(٢٢) صحة عارية الشاة للانتفاع بلبنها مورد الإجماع والبقية مطابقة للقاعدة التي ذكروها في العارية وهي أن مورد العارية ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين فإن العرف يرى ذلك كله انتفاع بالشيء مع بقاء عين ما ينتفع بها، ويظهر ذلك من كل من مثل لمورد عدم جواز العارية بعارية الخبز للأكل فإنه ظاهر بل نص في ان المراد انما هو زوال عين ما ينتفع به لا العين التي يعد إعدامها انتفاعا من العين الأخرى بنظر العرف كالأمثلة المذكورة وكإعارة الشجرة للانتفاع بثمرها ولكن الأحوط مع ذلك التصالح والتراضي وعدم ترتب الأحكام الخاصة في غير المنحة.

(٢٣) على المشهور للحصر المستفاد من قوله تعالى ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوٰاجِهِمْ﴾

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب عقد البائع وشروطه: ١ و٤.

بأس بإعارتهم للخدمة، ولا يجوز للمستعير أن ينظر إلى ما لا يجوز النظر إليه منها لو لا الاستعارة إلا بتحليل المعير(٢٤).

(مسألة ٧): لا يشترط تعيين العين المستعارة عند الإعارة، فلو قال: «أعرني إحدى دوابك»فقال ادخل «الإصطبل وخذ ما شئت منها»صحت العارية(٢٥).

(مسألة ٨): العين التي تعلقت بها العارية ان انحصرت جهة الانتفاع بها في منفعة خاصة كالبساط للافتراش واللحاف للتغطية والخيمة للاكتنان وأشباه ذلك لا يلزم التعرض لجهة الانتفاع بها عند إعارتها واستعارتها(٢٦).

﴿أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ﴾(١)، مضافا إلى ورود النص فيه ويأتي التفصيل في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

(٢٤) أما جواز استعارتها للخدمة فللإجماع وقاعدة السلطنة، وأما عدم جواز النظر فللأدلة الدالة على عدم جواز النظر إلى الأجنبية مطلقا إلا ما استثنى منها وأما الحلية بالتحليل فلأدلة التحليل مضافا إلى الإجماع ويأتي التفصيل في محله.

(٢٥) للأصل، والإجماع، والسيرة على عدم اعتبار التعيين في المجانيات كما إذا قال المالك للفقير: ادخل المطبخ وخذ وكل ما شئت من الأطعمة، أو قال المضيف للضيف: كل ما شئت من الأغذية، واستمتع بما تريد من الفرش، والأمتعة إلى غير ذلك من الموارد التي جرت عليها سيرة العقلاء، وفي المثل المعروف «المجان لا يعد ولا يستبان».

(٢٦) للأصل، والإجماع، والسيرة، ولأن انحصار الانتفاع في جهة خاصة قرينة عرفية على تعين الانتفاع بها، وفي غير تلك الجهة المعينة يلزمه الاستيذان

---

(١) سورة المؤمنون: ١.

وإن تعددت جهات الانتفاع بها كالأرض ينتفع بها للزرع والغرس والبناء والدابة ينتفع بها للحمل والركوب ونحو ذلك فإن كانت إعارتها واستعارتها لأجل منفعة أو منافع خاصة من منافعها يجب التعرض لها[٢٧] واختص حلية الانتفاع للمستعير بما خصصه المعير[٢٨] إن كانت لأجل الانتفاع المطلق جاز التعميم والتصريح بالعموم[٢٩] بأن يقول أعرتك هذه الدابة مثلا لأجل أن تنتفع بها كل انتفاع مباح يحصل منها كما انه يجوز إطلاق العارية[٣٠]. بأن يقول أعرتك هذه الدابة فيجوز للمستعير الانتفاع بسائر الانتفاعات المباحة المتعلقة بها نعم ربما يكون لبعض الانتفاعات بالنسبة إلى بعض الأعيان خفاء لا يندرج في الإطلاق ففي مثله لابد من

من المعير، ويضمن لو تصرف بدون إذنه أو إجازته كما إذا أراد ان يفرش اللحاف، أو يجعل البساط خيمة وذلك لأصالة حرمة التصرف في مال الغير إلا فيما شمله الإذن.

نعم، لو كان التصرف في غير الجهة المعهودة بما يكون أخف وأدون منها يمكن ان يشمله الإذن بالفحوى.

(٢٧) لأصالة عدم ثبوت السلطة على الانتفاع إلا فيما قصده المعير، وأصالة عدم تحقق العارية المعهودة إلا بذلك مضافا إلى ظهور الإجماع، والسيرة العملية.

(٢٨) لأصالة عدم جواز التصرف في مال الغير إلا فيما إذن فيه ورضي به، مضافا إلى إجماع العقلاء فضلا عن الفقهاء.

(٢٩) لقاعدة: «الناس مسلطون على أموالهم فيما شاءوا وأرادوا ما لم ينه الشارع عنه»، فإذا أراد تعميم الانتفاع لا بد من التصريح بمراده لا محاله كما في سائر المرادات وإبرازها.

(٣٠) لما ثبت في محله من ان المطلق يشمل جميع ما يصح انطباقه عليه

التنصيص به أو التعميم على وجه يعمه[٣١] وذلك كالدفن فإنه وإن كان من أحد وجوه الانتفاعات من الأرض كالبناء والزرع والغرس ومع ذلك لو أعيرت الأرض اعارة مطلقة لا يعمه الإطلاق[٣٢].

(مسألة ٩): العارية جائزة من الطرفين[٣٣] فللمعير الرجوع متى

إلا مع القرينة على الخلاف مضافا إلى الإجماع والسيرة.

(٣١) لأنه مع عدم التنصيص على التعميم يشك في شمول المطلق له حينئذ وقد ثبت في محله انه لا يجوز التمسك بالدليل ـ مطلقا كان أو عاما ـ في الموضوع المشكوك وقد جرت عليه سيرة أهل المحاورة أيضاً فراجع، وتأمل.

هذا، فيما إذا شك في الشمول وعدمه فضلا عما إذا كانت هناك قرائن دالة على عدم الشمول فلا يصح التصرف حينئذ مطلقا.

(٣٢) وكذا في جملة من الصناعات التي يوجب تلوث المحل وقذارته مما يوجب تنفر الطباع ولا يرضى بها نوع الملاك.

وبعبارة أخرى: كلما ينصرف الإطلاق عنه وهو مما يختلف باختلاف الأزمنة، والأمكنة، والأشخاص، وليس له حد معين مخصوص حتى يذكر وكلما يذكر انما هو من باب المثال.

(٣٣) لتقومها بالإذن، والترخيص حدوثا وبقاء، وليست من العقود المملكة حتى تجري فيها أصالة اللزوم إذ لم يحصل ملك وحق للمستعير على المعير وكذا العكس، وانما يجوز له الانتفاع لأجل إذن المعير واباحته فالجواز فيها حكمي لا أن يكون وضعيا حتى يكون مقابل اللزوم الذي هو مورد أصالة اللزوم فتكون العارية مثلما إذا إذن المالك لأحد في الجلوس على بساطه مثلا هذا مضافا إلى ظهور إجماعهم على الجواز.

وما نسب إلى ابن الجنيد: من لزومها من طرف المعير في عارية الأرض القراح مدة للغرس، والبناء لا دليل عليه من عقل، أو نقل.

شاء[٣٤] كما أن للمستعير الرد متى شاء[٣٥].

نعم، في خصوص إعارة الأرض للدفن لم يجز للمعير بعد الدفن والموت الرجوع عن الإعارة وبنش القبر وإخراج الميت على الأصح[٣٦].

نعم، مثل سائر الموارد التي قيل فيها بعدم جواز رجوع المعير عن إعارته لأجل جهات خارجية لا أن يكون اللزوم متعلقا بذات العقد أولا وبالذات كسائر العقود اللازمة.

(٣٤) لما مر من تقومها بإذنه وهو فاعل مختار إن شاء بقي على إذنه وإن شاء رجع.

(٣٥) لأصالة عدم حدوث ملزم عليه بعد ان كان مفاد العارية مجرد الإذن الترخيص في الانتفاع فيكون المستعير كضيف ورد على مائدة متى أمسك عنها لا محذور فيه.

(٣٦) للإجماع، ولا لأهمية مراعاة حرمة الميت المحترم عند المتشرعة عن رجوع المعير في عاريته بل يلومونه مع لزوم الهتك هذا مع عدم إمكان الجمع بين الحقين بحسب المتعارف فيجمع بينهما ان لم يكن محذور في البين وتقدم بعض الكلام في أحكام الأموات.

ثمَّ انه قد استثنى عن جواز رجوع المعير في العارية موارد:

الأول: إعارة الأرض للدفن.

الثاني: العارية للرهن.

الثالث: ما إذا ترتب على الرجوع ضرر لا يتدارك.

الرابع: عارية الحائط لوضع الخشب عليه.

الخامس: عارية الأرض للزرع والبناء والغرس مدة معلومة إلى غير ذلك مما ذكروه في الأبواب المتفرقة.

والحق ان يقال: ان الإعارة في هذه الموارد تتصور على وجوه:

وأما قبل ذلك فله الرجوع حتى بعد وضعه في القبر قبل مواراته(٣٧)، وليس على المعير أجرة الحفظ ومئونته(٣٨) إذا رجع بعد

الأول: ان يكون في البين التزام بنائي على الإبقاء في ضمن عقد العارية ولو بالدلالة الضمنية الالتزامية المكشوفة من القرائن المعتبرة ولا ريب في شمول عموم أدلة الوفاء بالشرط ولكنه مبني على أن الشروط في ضمن العقود الجائزة واجبة الوفاء كما عن جمع أولا كما عن آخرين ومقتضى الإطلاق والعموم هو الأول وتقدم التفصيل في أحكام الشروط من كتاب البيع فراجع[١].

الثاني: ان المعير بإقدامه على مثل هذه العواري أسقط حقه عن البقاء بالنسبة إلى ما إذن فيه حدوثا فلا حق له حتى يرجع إليه ولا كلية فيه والظاهر اختلافه باختلاف الموارد والأشخاص وسائر الجهات، وفي مورد الشك يستصحب بقاء حقه، بل مقتضى قاعدة السلطنة بقاؤه أيضاً.

الثالث: ان يشك انها من أي القسمين والمرجع استصحاب بقاء الحق فيجوز الرجوع.

الرابع: ان يحدث للمستعير في مثل هذه العواري حق أيضاً ولا بد حينئذ من ترجيح أحد الحقين على الآخر بالمرجحات الخارجية وملاحظة الأهمية لأن المسألة من صغريات التزاحم عرفا ويمكن اختلاف ذلك باختلاف الموارد والخصوصيات لا أن تكون جميع المصاديق داخلة تحت كبرى واحدة ولا بد من تدارك ضرر كل منهما لو لزم من الرجوع ضرر على كل واحد منهما جمعا بين الحقين لفرض ان أصل حدوث العارية بحق وغير عدوان.

(٣٧) لأن عمدة الدليل على المنع الإجماع والمتيقن منه بعد المواراة ولعدم صدق النبش الذي استدلوا به على عدم جواز رجوع المعبر.

(٣٨) للأصل، ولأن حفظ الميت المحترم من الواجبات الكفائية المجانية

---

(١) ج: ١٧ صفحة :٢١٨.

الحفر قبل الدفن كما انه ليس على ولي الميت طم الحفر بعد ما كان بأذن من المعير[٣٩].

(مسألة ١٠): تبطل العارية بموت المعير[٤٠]، بل بزوال سلطنته بجنون ونحوه[٤١].

(مسألة ١١): يجب على المستعير الاقتصار في نوع المنفعة على ما عينها المعير فلا يجوز له التعدي إلى غيرها[٤٢] ولو كانت أدنى وأقل ضررا على المعير[٤٣] وكذا يجب ان يقتصر في كيفية الانتفاع على ما جرت به العادة فلو أعاره دابة للحمل لا يحملها إلا القدر المعتاد بالنسبة إلى ذلك

وان ثبتت الأولوية للولي في الجملة وما كان كذلك لا يقابل بالعوض كم مر في المكاسب المحرمة مع ان الحفر وقع بأذنه والرجوع وقع بأمر الشارع بعد صحة رجوعه شرعا.

(٣٩) وما كان بإذن المالك مجانا فلا وجه للضمان بالنسبة إليه.

(٤٠) لتقومها بالاذن حدوثا وبقاء، وعدم حدوث الملكية للمستعير أبدا ومع الموت ينتفي موضوع الإذن فتبطل لا محالة، وكذا الكلام في جميع العقود الإذنية من الوديعة والوكالة، وكذا تبطل بموت المستعير الودعي والوكيل لاختصاص الإذن في ظاهر العقد بهم فينتفي بموتهم هذا مع ثبوت الإجماع على ان العقود الجائزة تبطل بموت كل واحد من المتعاقدين.

(٤١) لأنه لا أثر للإذن بعد زوال السلطنة مضافا إلى الإجماع على البطلان فيه أيضاً.

(٤٢) لحرمة الانتفاع بمال الغير بدون إذنه بالأدلة الأربعة كما مر.

(٤٣) لأن الأدنى والأقل ضررا مما لم يتعلق به إذن المالك وكل ما لم يتعلق به إذن المالك يحرم الانتفاع بدون اجازته، لما تقدم.

الحيوان وذلك المحمول وذلك الزمان والمكان[٤٤] فلو تعدى نوعا أو كيفية كان غاصبا وضامنا وعليه أجرة ما استوفاه من المنفعة[٤٥].

(مسألة ١٢): لو أعاره أرضا للبناء[٤٦] أو الغرس جاز له الرجوع وله إلزام المستعير بالقلع لكن عليه الأرش، وكذا في عاريتها للزرع إذا رجع قبل إدراكه، ويحتمل عدم استحقاق المعير إلزام المستعير بقلع الزرع لو

نعم، لو كان الأدون مما يشمل الإذن بالفحوى عرفا يجوز الانتفاع به حينئذ لفرض تحقق الإذن فيه أيضاً، كما إذا استعار أرضا للزرع يجوز دخوله وإدخال عملة الزرع فيها، لشمول الإذن لذلك عرفا.

(٤٤) وذلك كله لأصالة احترام كل ما يتعلق بالغير ـ عينا ومنفعة وانتفاعا ـ وعدم جواز التصرف إلا برضاه عند جميع العقلاء فضلا عن الفقهاء وقد ثبت إجماعهم على ذلك وقد تقدم مرارا إثبات هذا الأصل بالأدلة الأربعة.

(٤٥) أما العصيان فبإجماع المسلمين، بل بضرورة من الدين، وأما الضمان بالنسبة إلى التعدي في مال الغير فكذلك أيضاً وقال النبي صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[١]، وخلاصة معناه كل من أستولى على مال الغير بغير حق فهو له ضامن. ويشهد له بل يدل عليه في المقام قولهم عليهم السلام: «إذا استعرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»[٢].

وأما وجوب تدارك ما استوفاه من المنفعة فلقاعدة «على اليد» و أصالة احترام المال، فلا بد من تداركه إما بالعوض الجعلي أو الواقعي وهذه الأحكام كلها من المسلمات الفقهية عند الفريقين، بل يمكن ان تعد من الفطريات العقلائية لو التفت الناس إلى عقولهم.

(٤٣) تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في (مسألة ٩) عند بيان استعارة الأرض

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب الوديعة: ١٢ وسنن أبي داود باب: ٨٨ من كتاب البيوع.

(٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب العارية.

رضي المستعير بالبقاء بالأجرة والأحوط لهما التراضي[٤٧] والتصالح ومثل ذلك ما إذا أعار جذوعه للتسقيف ثمَّ رجع بعد ما أثبتها المستعير في البناء.

(مسألة ١٣): العارية أمانة بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدي أو التفريط[٤٨].

للدفن والدليل في الجميع واحد وإن تعددت المصاديق والصغريات فلا وجه للإطالة بالتكرار.

(٤٧) لأن هذه المسائل لم يرد فيها نص خاص، ولا بد من تطبيقها على القواعد العامة وملاحظة بعضها مع بعض ثمَّ الترجيح، ولا ريب في أن ذلك يختلف باختلاف الانظار فلذلك اختلفت الأقوال كما مر.

(٤٨) أما كون العارية أمانة مالكية في يد المستعير فتدل عليه سيرة العقلاء بل مرتكزات الناس فضلا عن إجماع فقهاء المسلمين، ويستفاد ذلك من نصوص المعصومين، قال أبو عبدالله عليه السلام في صحيح الحلبي: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»[١]، ويأتي بعضها الآخر.

وأما انه لا يضمنها بالتلف فلقاعدة عدم صحة تضمين الأمين إلا مع الشرط مضافا إلى الإجماع ونصوص مستفيضة، منها صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال عليه السلام: إن كان أمينا فلا غرم عليه»[٢]، وقول الصادق عليه السلام: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا»[٣].

وأما قول علي عليه السلام: «من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن»[٤]،

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل باب: ١ من أبواب العارية حديث: ٦ و٧ و١٠.

(٤) الوسائل باب: ١ من أبواب العارية حديث: ١١.

نعم، لو شرط الضمان ضمنها وان لم يكن تعد ولا تفريط(٤٩) كما انه لو كانت العين المعارة ذهبا أو فضة ضمنها شرط فيها الضمان أو لم يشترط(٥٠).

(مسألة ١٤): لا يجوز للمستعير إعارة العين المستعارة ولا إجارتها إلا بإذن المالك(٥١) فتكون إعارته حينئذ في الحقيقة اعارة المالك ويكون

فلا بد من حمله اما على الاستعارة بغير إذن المالك أو على مورد التعدي.

وأما الضمان مع التعدي أو التفريط فهو من الفطريات التي يحكم بها كل عاقل، ويدل عليه الإجماع ومفهوم النصوص المستفيضة التي مر بعضها.

(٤٩) إجماعا ونصوصا، منها ما رواه الفريقان عن نبينا الأعظم صلى الله عليه وآله في قضية صفوان ففي خبر الفقيه: «استعار النبي صلى الله عليه وآله من صفوان بن أمية سبعين درعا حطمية، وذلك قبل إسلامه، فقال: أ غصب أم عارية يا أبا القاسم؟ فقال صلى الله عليه وآله: بل عارية مؤداة، فجرت السنة في العارية إذا شرط فيها ان تكون مؤداة»[١]، ومنها قول ابي عبدالله عليه السلام في صحيح الحلبي: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون اشترط عليه»[٢]، ويأتي ما يدل عليه أيضاً.

(٥٠) إجماعا ونصوصا، منها صحيح زرارة، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال: ما استعرته فتوى (أي تلف) فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة فإنهما يلزمان إلا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك»[٣].

(٥١) للأصل، والنص، والإجماع، قال أبو عبدالله عليه السلام: «إذا استعيرت

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب العارية :١.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب العارية :١.

(٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب العارية :٢.

المستعير وكيلا ونائبا عنه، فلو خرج المستعير عن قابلية الإعارة بعد ذلك، كما إذا جن بقيت العارية الثانية على حالها(٥٢).

(مسألة ١٥): إذا تلفت العارية بفعل المستعير فإن كان بسبب الاستعمال المأذون فيه من دون تعد عن المتعارف ليس عليه ضمان(٥٣).

كما إذا هلكت الدابة المستعارة للحمل بسبب الحمل عليها حملا متعارفا، وإن كان بسبب آخر ضمنها(٥٤) إن كان مثليا فبالمثل وإلا فبالقيمة والمناط على قيمة يوم الأداء(٥٥).

(مسألة ١٦): إنما يبرأ المستعير عن عهدة العين المستعارة بردها إلى مالكها أو وكيله أو وليه(٥٦) ولو ردها إلى حرزها الذي كانت فيه بلا يد من

عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»[1].

(٥٢) لفرض بقاء المعير الواقعي على حاله جامعا لشرائط صحة الإعارة فما خرج عن قابلية الإعارة ليس بمعير وما هو المعير بقي عليها.

(٥٣) للإطلاق والاتفاق وبقاء الأمانة التي تنافي الضمان، مضافا إلى السيرة في الاستعمالات المستلزمة عادة للنقص والتلف فإن المتعارف يستنكرون التضمين حينئذ والا اختصت العارية بأشياء خاصة لا تتحمل النقص بالاستعمال.

(٥٤) لتحقق التعدي حينئذ فيضمن نصا كما مر وإجماعا.

(٥٥) لما مر في المقبوض بالعقد الفاسد فلا وجه للإطالة بالتكرار[2].

(٥٦) لتحقق الرد شرعا في جميع ذلك.

أما الأول: فهو واضح لا ريب فيه.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب العارية :١.

(٢) راجع ج: ١٦ صفحة :٢٦٦.

المالك ولا إذن منه لم يبرأ[٥٧] كما إذا رد الدابة إلى الاسطبل وربطها فيه بلا إذن من المالك فتلفت أو أتلفها متلف.

(مسألة ١٧): إذا استعار عينا من الغاصب فإن لم يعلم بغصبه كان قرار الضمان على الغاصب[٥٨] فإن تلفت في يد المستعير فللمالك الرجوع بعوض ماله على كل من الغاصب والمستعير[٥٩] فإن رجع على المستعير يرجع هو على الغاصب[٦٠] فإن رجع على الغاصب لم يكن له الرجوع على المستعير وكذلك بالنسبة إلى بدل ما استوفاه المستعير من المنفعة فإنه إذا رجع به على المستعير يرجع هو على الغاصب دون العكس [٦١]، وأما لو كان عالما بالغصب لم يرجع المستعير على الغاصب لو رجع المالك عليه بل الأمر بالعكس[٦٢]. فيرجع الغاصب على المستعير لو

وأما الثاني: فلان يده يد الموكل لأجل وكالته.

أما الأخير: فلاقتضاء ولايته الشرعية لذلك.

(٥٧) للأصل بعد عدم إذن مالكي ولا شرعي له في ذلك.

(٥٨) للإجماع، وقاعدة الغرور كما مر اعتبارها مكررا بعد فرض كون المستعير جاهلا بالعيب.

(٥٩) لقاعدة اليد بعد فرض جريان يد كل من الغاصب والمستعير على مال المالك، مضافا إلى الإجماع.

(٦٠) لأن قرار الضمان عليه من جهة كونه غارا ومنه يعلم وجه صحة رجوع الغاصب إلى المستعير لو رجع المالك إلى الغاصب.

(٦١) لجريان عين ما مر في سابقة فيه بلا فرق بينهما مع ان الحكم في الأصل والعكس من المسلمات.

(٦٢) أما عدم رجوع المستعير على الغاصب، فلعدم كونه مغرورا لفرض علمه بالعيب فهو بنفسه أقدم على الضمان وأما رجوع الغاصب على المستعير

رجع المالك عليه ولا يجوز له أن يرد العين إلى الغاصب بعد ما علم بالغصبية بل يجب ان يردها الى مالكها(٦٣).

(مسألة ١٨): لو أنكر العارية بعد طلب المالك لها بطل استيمانه(٦٤).

(مسألة ١٩): إذا ادعى المستعير التلف فالقول قوله مع اليمين(٦٥) ولو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه(٦٦).

(مسألة ٢٠): لو قال أعرتك هذا المتاع بشرط ان تعيرني متاعك الخاص، فالأحوط ان يكون التعويض بعنوان التصالح لا بعنوان العارية المحضة(٦٧).

فلفرض ان التلف وقع عنده فيكون قرار الضمان عليه.

(٦٣) لقوله تعالى ﴿إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا﴾(١)، والغاصب ليس من أهلها كما هو معلوم.

(٦٤) لظهور خيانته، ومقتضى قاعدة اليد هو الضمان بعد بطلان استيمانه.

(٦٥) اما قبول قوله فلأمانته، واما اليمين فلأجل قطع الخصومة واللجاج.

(٦٦) لأصالة عدم الرد إلا إذا ثبت بالحجة المعتبرة والمفروض عدمها. وأما اليمين فلقاعدة «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» كما سيأتي.

(٦٧) لما هو المعروف من أن العارية لا تعوّض بشيء ولكن لا دليل لهم من عقل أو نقل.

نعم، الغالب في العارية المجانية، فإن كانت هذه المجانية مقومة في ذاتها يصير الشرط خلاف الكتاب والسنة وإن لم يكن كذلك بل كان خلاف إطلاقها الغالبي فلا بأس بذلك، وكذا ان ثبت إجماع معتبر على بطلان مثل هذا الشرط في العارية مطلقا وإثبات كل واحد منهما دونه خرط القتاد وقد أطالوا البحث في

---

(١) سورة النساء :٥٨.

(مسألة ٢١): إذا قال المستعير أعرتنيها ـ لدفع العوض عن نفسه وقال المالك بل آجرتك بكذا ـ أو وهبتك بكذا ـ يقدم قول المستعير[٦٨].

(مسألة ٢٢): لو نقصت العين المستعارة بسبب الاستعمال[٦٩] ثمَّ تلفت وقد شرط ضمانها ضمن[٧٠].

(مسألة ٢٣): لو استعار مركوبا إلى محل خاص فجاوزه ضمن ما تجاوزه[٧١].

ذلك ومن أراد العثور فليراجع المطولات.

(٦٨) لأصالة عدم وجوب التعويض عليه ـ اجارة كانت أو هبة ـ إلا إذا أثبت المالك ذلك بالبينة.

ان قيل: مقتضى الأصل عدم خروج مال المالك عن سلطته إلا بما هو يدعيه، ومقتضى الأصل عدم صحة تصرف المستعير إلا فيما يعترف به المالك.

يقال: نعم، لو لم تكن الأصول معارضة بأصالة عدم سلطنته على أخذ العوض من الغير وضعا وتكليفا، ولكن الأحوط التصالح.

(٦٩) فلا ضمان بالنسبة إلى المستعير، لفرض أنه أمين والنقص لم يحصل بالتعدي والتفريط إلا إذا شرط ضمان النقص ولو حصل بالاستعمال.

(٧٠) مثلا إن كان مثليا وإلا فبالقيمة ولا ضمان عليه بالنسبة إلى ما نقص لما تقدم.

(٧١) لأنه غير مأذون فيه فلا بد له من أجرة المثل كما سيأتي في كتاب الإجارة.

والحمد لله رب العالمين

ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

بسم الله الرحمن الرحيم
كتابُ الوَديعة

وهي استنابة في الحفظ، وبعبارة أخرى هي وضع المال عند الغير ليحفظه لمالكه[١]، ويطلق كثيرا على المال الموضوع، ويقال لصاحب المال «المودع» و لذلك الغير «الودعي» و «المستودع»[٢]. وهي عقد[٣] يحتاج إلى الإيجاب ـ وهو كل لفظ دال على تلك الاستنابة، كأن يقول

كتاب الوديعة

(١) وهذا هو المعروف عند الناس والمرتكز في أذهانهم وتقدم غير مرة ان ما يذكر في تعريف العقود ونحوها شروح لفظية ربما يكون المعنى المغروس في الأذهان أظهر مما ذكروه في تعريفها فلا وقع للنقض والإبرام وتفصيل الكلام بالنسبة إليها وأصل هذه المادة أنها تستعمل بمعنى الترك.

يقال: ودعه أي تركه وهو يكون لدواع كثيرة فإذا ترك ماله عند غيره لداعي حفظه يسمى ذلك بالوديعة.

(٢) وظاهر جمع ان الوديعة تطلق على كل من المودع، والمستودع، كما أن البيع يطلق على كل من البائع والمشتري.

(٣) على المشهور بين الفقهاء، وتقتضيه مرتكزات الناس حيث يرونها متقومة برضاء الطرفين وربطا بين القصدين وليست من مجرد الإذن والإباحة في الحفظ، لأن نوع الناس لا يتحملون حفظ مال الغير إلا بإبراز الرضاء والقبول به فتكون مثل الاستنابة في العمل تقريبا بل حقيقة، لأن الحفظ عمل محترم قد

«أودعتك هذا المال»أو «احفظه»أو «هو وديعة عندك»و نحو ذلك(٤)ـ والقبول(٥) الدال على الرضا بالنيابة في الحفظ(٦)، ولا يعتبر فيها العربية بل تقع بكل لغة(٧)، ويجوز أن يكون الإيجاب باللفظ، والقبول بالفعل(٨) ـ بأن قال له المالك مثلا هذا المال وديعة عندك فتسلم المال لذلك ـ بل يصح وقوعها بالمعاطاة(٩) بأن يسلم مالا إلى أحد بقصد أن يكون محفوظا

يبذل بإزائه المال عند متعارف الناس.

وأما احتمال انها من مجرد الإذن والإباحة والإيقاع وان الرد مانع لا أن يكون القبول شرطا فهو خلاف ظواهر الكلمات بل الأذهان العرفية أيضاً حيث ان نوع المستودعين يبرزون القبول بأي نحو كان.

(٤) لعدم ورود تحديد شرعي في هذا العقد العام البلوى في كل عصر وزمان فمقتضى الإطلاقات تحققها بكلما لا يستنكروه أهل المحاورة في إبراز هذا المعنى المعهود بين الناس وظاهر الفقهاء التسالم على ذلك، وقد وسعوا فيها وفي سائر العقود الجائزة بما لم يوسعوا في العقود اللازمة والعرف والاعتبار يشهد بذلك أيضاً.

(٥) لتقوم كل عقد بهما كما هو أوضح من أن يخفى.

(٦) الكلام فيه عين ما تقدم في الإيجاب من غير فرق.

(٧) للأصل، والإطلاق، والاتفاق، بعد صدق الوديعة على ما أنشأت بكل لغة.

(٨) لتحقق الوديعة بذلك أيضاً عند متعارف الناس فتشمله الأدلة الشرعية بعد عدم ورود ردع من الشرع عن ذلك.

(٩) لأن المناط في صحة العقود مطلقا إظهار الرضاء بين الطرفين والربط بين القصدين وهذا المعنى متحقق في المعاطاة أيضاً فكل عقد يصح إنشاؤه بالمعاطاة حينئذ، للعمومات والإطلاقات إلا ما خرج بالدليل على الخروج في

عنده، ويحفظه فتشمله بهذا العنوان.

(مسألة ١): لو طرح ثوبا مثلا عند أحد، وقال: هذا وديعة عندك، فإن قبلها بالقول أو الفعل الدال عليه ولو بالسكوت الدال على الرضا بذلك صار وديعة وترتبت عليها أحكامها(١٠)، بخلاف ما إذا لم يقبلها حتى فيما إذا طرحه المالك عنده بهذا القصد وذهب عنه، فلو تركه من قصد استيداعه وذهب لم يكن عليه ضمان(١١) وإن كان الأحوط القيام بحفظه مع الإمكان(١٢).

(مسألة ٢): إنما يجوز قبول الوديعة لمن كان قادرا على حفظها فمن كان عاجزا لم يجز له قبولها على الأحوط(١٣).

المقام فيشمله العموم والإطلاق بلا كلام ويصح فيها تقديم القبول على الإيجاب بل هو الشائع في عارية الأثاث ونحوها، وذلك لشمول الأدلة لذلك أيضاً.

(١٠) لفرض صدق الوديعة عرفا بعد كفاية السكوت في الرضا في مثل المقام فيترتب الحكم حينئذ قهرا.

نعم، لو فرض عدم الاكتفاء بالسكوت في إحراز الرضا لا وجه لتحققها وترتب الأثر حينئذ وكذا مع الشك في الاكتفاء وعدمه.

(١١) لأصالة عدم تحقق الوديعة، وأصالة البراءة عن الضمان مضافا إلى الإجماع.

(١٢) لاحتمال كفاية مجرد الإذن في تحقق الوديعة المعهودة وإن لم يقبل المستودع ما لم يكن منه رد في البين وإن كان هذا الاحتمال خلاف المشهور هذا إذا ذهب المستودع بعد طرح المودع وأما إذا وقف ولم يذهب فيمكن ان يجعل ذلك قبولا أيضاً.

(١٣) قال في المسالك: «و قد تكون محرما، كما إذا كان عاجزا عن الحفظ

(مسألة ٣): الوديعة جائزة من الطرفين[١٤]، فللمالك استرداد ماله متى شاء وللمستودع رده كذلك[١٥]، وليس للمودع الامتناع من قبوله[١٦]، ولو فسخها من المستودع عند نفسه انفسخت وزالت

أو غير واثق من نفسه بالأمانة لما فيه من التعرض للتفريط في مال الغير وهو محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين»، وأشكل عليه في الجواهر بأن الحرمة فيما إذا كان عاجزا أو غير واثق من نفسه لا توجب بطلان العقد لكون النهي متعلقا بما هو خارج عن العقد فالعقد صحيح ويجب عليه الحفظ وعدم الخيانة.

وفيه: كما أن الخيانة في مال الغير محرمة كذا تعريض النفس بإيجاد مقدماتها القريبة يستنكر عند الملتزمين بدينهم ويلومون من يفعل ذلك، وليس ذلك من باب مقدمة الحرام، بل يجعلونه بنفسه منكرا ولو رأوا ذلك من عادل يعيرونه أشد التعيير، بل لا يقتدون به وهذا المقدار يكفي في لزوم الاحتياط على ما ذكره، ولكن مع ذلك الجزم بالحرمة أنسب بمذاق الشرع وكثرة اهتمامه بأموال الناس وعدم التدخل فيها إلا مع إذن مالكي أو شرعي.

(١٤) للإجماع والسيرة وتقوم العقود الإذنية بالترخيص في الرجوع متى شاء المتعاهدان إلا مع دليل على الخلاف ولا دليل على الخلاف إلا عموم أدلة اللزوم القابل للتخصيص بمثل ما مر من الإجماع وغيره وتقدم في العارية ما ينفع المقام فراجع، وهل يجوز اشتراط اللزوم فيهما أم لا، وجهان مبنيان على ان الجواز فيها ذاتي بحيث لا يقبل التغيير أو أنه إطلاقي، مقتضى أصالة عدم الدخل في الذات هو الثاني.

(١٥) لأنه لا معنى للجواز إلا ذلك.

(١٦) للإجماع وأصالة عدم ثبوت هذا الحق بالنسبة إليه بعد بناء العقد على الجواز.

الأمانة المالكية وصار المال عنده أمانة شرعية[(١٧)]، فيجب عليه رده إلى مالكه أو إلى من يقوم مقامه[(١٨)]، أو اعلامه بالفسخ[(١٩)]، وكون المال عنده، فلو أهمل في ذلك لا لعذر عقلي أو

---

(١٧) أما الانفساخ بفسخ المستودع فهو مقتضى جواز عقد الوديعة حيث تزول برفع اليد عن كل من المتعاقدين عن العقد.

وأما زوال الأمانة المالكية فلتقومها بوجود عقد الوديعة والمفروض زواله بالفسخ فلا معنى لبقاء الحكم مع زوال الموضوع.

وأما صيرورته أمانة شرعية فلأن كل مال في يد غير مالكه إما غصب أو أمانة مالكية أو شرعية والمفروض انتفاء الأولين إجماعا فيتعين الأخير فالامانة المالكية باقية إلى أول عروض الأمانة الشرعية فتنقلب إليها قهرا فلا موضوع للغصب أصلا.

(١٨) لإطلاق قوله تعالى ﴿إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا﴾[(١)]، وإطلاق النصوص المستفيضة بل المتواترة الواردة في رد الأمانات التي يأتي بعضها[(٢)]، الشاملة لكل من الأمانات المالكية والشرعية.

(١٩) لسقوط الأمانة المالكية بذلك حينئذ حتى عند المودع فيكون الاعلام بمنزلة رد الأمانة المالكية من هذه الجهة وان حدثت الأمانة الشرعية من جهة أخرى لحدوث موضوعها بمجرد الفسخ.

ثمَّ ان الاعلام هل هو في عرض الرد بحيث يتخير المستودع الفاسخ بين رد الوديعة فعلا إلى المودع أو اعلامه بالفسخ ـ قولا أو كتابا أو نحو ذلك ـ أو ان الاعلام مترتب على عدم التمكن من الرد الخارجي ظاهر إطلاق المتن ومن عبر كعبارته هو الأول وهو صحيح بناء على ما يأتي في (مسألة ١٥) من انه يكفي في

---

(١) سورة النساء :٥٨.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة.

شرعي ضمن[٢٠].

(مسألة ٤): يعتبر في كل من المستودع والمودع البلوغ والعقل، فلا يصح استيداع الصبي ولا المجنون وكذا إيداعهما من غير فرق بين كون المال لهما أو لغيرهما من الكاملين[٢١]، بل لا يجوز وضع اليد على ما أودعاه[٢٢] ولو أخذ منهما ضمنه[٢٣] ولا يبرئ برده إليهما[٢٤]، وإنما يبرئ بإيصاله إلى وليهما[٢٥].

نعم، لا بأس بأخذه منهما إذا خيف هلاكه وتلفه في أيديهما فيؤخذ بعنوان الحسبة في الحفظ[٢٦]، ولكن لا يصير بذلك وديعة وأمانة

الرد مجرد رفع اليد عن الوديعة والتخلية بينها وبين المالك ولا يجب النقل، فإن الإعلام بالفسخ مع كونها أمانة شرعية في يده وأنه لا يجوز له التصرف فيها بأي وجه بمنزلة رفع اليد عنها وعن الأمانة الشرعية عرفا وإن كانت في يده بعد، لكنه بعنوان آخر لا بعنوان الوديعة المعهودة ولا الأمانة المالكية فالوديعة زالت بانتفاء موضوعها وما هو الباقي ليست بوديعة.

(٢٠) لتحقق التفريط ومعه يتحقق الضمان كما يأتي في (مسألة ٥).

(٢١) لدعواهم الإجماع وعدم الخلاف على كل ذلك وأرسلوه إرسال المسلمات.

(٢٢) لفرض عدم الإذن في ذلك لا من الشارع ولا من وليهما فيحرم لا محالة.

(٢٣) للإجماع، وقاعدة على اليد.

(٢٤) لأصالة بقاء الضمان بعد إسقاط الشارع يدهما عن الاعتبار.

(٢٥) لأنه صاحب الأمانة شرعا ولا بد أن ترد الأمانات إلى أهلها، مضافا إلى الإجماع.

(٢٦) الأمور الحسبية هي الأمورالخيرية التي أكد الشارع في إتيانها ورغب

مالكية[٢٧]، بل تكون أمانة شرعية[٢٨]، يجب عليه حفظها والمبادرة على إيصالها إلى وليهما وإعلامه بكونها عنده[٢٩]، وليس عليه ضمان لو تلف في يده[٣٠].

(مسألة ٥): لو أرسل شخص كامل مالا بواسطة الصبي أو المجنون إلى شخص ليكون وديعة عنده وقد أخذه منهما بهذا العنوان فتصير وديعة

فيها، بل الظاهر ان بناء العقلاء على تحسين التعرض لها واستنكار الإعراض عنها كحفظ مال اليتيم واغاثة اللهفان ونحو ذلك مما هو كثير لكن بشرطها وشروطها ولا ريب في ان المقام من إحداها فيكون مأذونا في ذلك شرعا ولا يعد ذلك من الوديعة المعهودة بل اصطلحوا عليه بالأمور الحسبية.

(٢٧) لفرض عدم أهليته للإذن وعدم الاستيذان ممن هو أهل له كالولي فتكون أمانة شرعية من باب ثبوت الإذن من الشارع في الأمور الحسبية مثل قولهم عليهم السلام: «الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[١]، وغيره مما هو كثير.

(٢٨) لفرض حصول الإذن من الشارع في الحفظ من باب الحسبة ولأنه محسن فيشمله قوله تعالى ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[٢]، ولأن الأمانات منحصرة في المالكية والشرعية فإذا انتفت الأولى تثبت الثانية لا محالة ولا وجه لتضمين الأمين مطلقا.

(٢٩) لأن ذلك كله حكم الأمانات كلها مالكية كانت أو شرعية كما تقدم بعضها ويأتي بعضها الآخر.

(٣٠) بلا تعد وتفريط، لقاعدة منافاة الضمان مع الاستيمان سواء كان الاستيمان مالكيا أو شرعيا.

---

(١) تقدم في ج: ١٥ صفحة: ٢٥٢ ـ ٢٥٣ ـ وسيأتي في ص: ٢٦٦.

(٢) سورة التوبة: ٩١.

عنده، لكونها حقيقة بين الكاملين وانما الصبي والمجنون بمنزلة الآلة[٣١].

(مسألة ٦): لو أودع عند الصبي والمجنون مالا لم يضمناه بالتلف[٣٢]، بل بالإتلاف أيضاً إذا لم يكونا مميزين لكونه هو السبب[٣٣].

---

(٣١) وكذا إذا أرسل المودع الوديعة إلى المستودع بواسطة حيوان معلم أو آلة جمادية يحصل منها هذا الغرض.

(٣٢) لقاعدة: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، مع ان المودع أسقط احترام ماله بالايداع عند من ليس أهلا له شرعا.

(٣٣) كما تقتضيه مرتكزات المتشرعة بل متعارف الناس مطلقا حيث يتوجه اللوم والاستنكار في أمثال المورد على السبب دون المباشر ويوبخونه على فعله وينسبونه إلى السفاهة كما لا يخفى، وحيث أن المسألة ابتلائية لا بأس بالإشارة إليها بنحو الإجمال والبحث فيها.

تارة: من حيث الحكم التكليفي بالنسبة إلى ضمان الصبي.

وأخرى: من حيث الحكم الوضعي، وعلى كل منهما إما أن يكون الصبي غير مميز أو يكون مميزا. أما التكليفي فلا ريب في انتفائه نصا وفتوى، بالنسبة إلى المميز فضلا عن غيره بل هو من ضروريات الدين.

وأما الوضعي فإن كان من قبيل العرض بالنسبة إلى المعروض عرفا كالنجاسة والطهارة الخبثية بل الحدث والطهارة الحدثية. حيث أن موضوعهما النفس بحسب ظواهر الأدلة وإنظار المتشرعة بل المتعارف أيضاً وفي مثل هذه الأمور التي موضوعاتها ليست قائمة باعتبار العقلاء بل خارجية بنفسها اعتبرت أو لا، ونسبة الحكم الوضعي إليها نسبة العرض إلى المعروض يصح اتصافهم بها عرفا بل وشرعا، للإطلاقات الشاملة للجميع.

إلا أن يقال أن بعض مراتب غير المميز بمنزلة الحيوان الذي يستنكر العرف اعتبار الحدث والطهارة الحدثية بالنسبة إليه وهكذا المجنون أيضاً،

(مسألة ٧): يجب على المستودع حفظ الوديعة[٣٤] بما جرت العادة[٣٥] بحفظها به ووضعها في الحرز الذي يناسبها كالصندوق المقفل للثوب والدراهم والحلي ونحوها والإصطبل المضبوط بالغلق للدابة والمراح كذلك للشاة.

وبالجملة: حفظها في محل لا يعد معه عند العرف مضيعا ومفرطا وخائنا حتى فيما إذا علم المودع بعدم وجود حرز لها عند المستودع، فيجب عليه بعد ما قبل الاستيداع تحصيله مقدمة للحفظ الواجب عليه[٣٦].

والشك في صحة الاتصاف يكفي في العدم للأصل بعد عدم صحة التمسك بالدليل من جهة الشك في الموضوع، هذا وإن كان الحكم الوضعي مما يتقوم موضوعه باعتبار العقلاء ومع عدم اعتبارهم أو الشك فيه فلا يبقى موضوع له كالضمان مثلا فإن موضوعه الذمة، ولا يعتبر العرف والعقلاء لغير المميز والمجنون فلا موضوع للضمان بالنسبة إليهما حتى يثبت فيكون اعتبار الضمان من قبيل الحكم بلا موضوع هذا إذا لم يكن في البين سبب أقوى على الخلاف وإلا فالمناط هو السبب بلا اشكال فيه كما في المقام.

(٣٤) للإجماع، بل الضرورة الفقهية إن لم تكن دينية وسيرة المتشرعة خلفا عن سلف على التزامهم بذلك مع أن الإيداع والاستيداع متضمن عند العقلاء على الشرط الضمني البنائي في حفظ الوديعة عند الاستيداع فتشمله ما دل على وجوب الوفاء بالشرط بناء على شمولها للشروط في ضمن العقود الجائزة أيضاً، مضافا إلى أنه لا معنى لأداء الأمانة الواجب بالأدلة الأربعة إلا الحفظ مقدمة للأداء فتشمل الحفظ أيضاً عين تلك الأدلة بالدلالة الالتزامية، ولا إشكال في أن الحفظ ملازم لترك التفريط والخيانة عرفا.

(٣٥) لأنه لم يرد فيه تحديد شرعي بل هو موكول إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الودائع والخصوصيات وسائر الجهات.

(٣٦) وجوب حفظ الأمانة يمكن أن يتصف بالوجوب النفسي كما هو

وكذا يجب عليه القيام بجميع ماله دخل في صونها من التعيب أو التلف كالثوب بنشره في الصيف إذا كان من الصوف أو الإبريسم والدابة يعلفها ويسقيها ويقيها من الحر والبرد. فلو أهمل ذلك ضمنها(٣٧).

(مسألة ٨): تصح الوديعة باعتبار أصل المالية لا بلحاظ خصوص العينية الخارجية فيودع عنده مائة دينار عراقي مثلا أعم من أن يكون مورد وجوب الحفظ أربع من ورقة خمس وعشرين دينار أو عشر من ورقة عشرة دنانير مع التحفظ على أصل المالية(٣٨).

(مسألة ٩): لو عين المودع موضعا خاصا لحفظ الوديعة اقتصر عليه، ولا يجوز نقلها إلى غيره بعد وضعها فيه وإن كان أحفظ فلو نقلها منه ضمنها(٣٩).

المنساق من ظواهر الفتاوي ويمكن أن يكون مقدميا لأجل وجوب رد الأمانة كتابا[١]، وسنة مستفيضة يأتي بعضها، ويمكن أن يكون من باب الملازمة العرفية بين حرمة الخيانة ووجوب الحفظ والكل صحيح.

(٣٧) لتحقق التفريط والخيانة عرفا بل وشرعا أيضاً، لفرض أن حكمه فيهما منزل على الموضوع العرفي.

(٣٨) للإطلاقات، والعمومات، ومرجع ذلك إلى الإذن في التصرف والتبديل مع حفظ أصل المالية ودعوى ظهور الأدلة في العين خارجي ممنوع لكونه من باب الغالب وان كان كثرة الاهتمام بالوديعة تقتضي كونها بلحاظ العينية إلا مع القرينة على الخلاف.

(٣٩) أما عدم جواز نقلها عما عينه المودع فلأصالة عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، والمفروض إن الإذن مقيد بوجه خاص فلا يصح التعدي

---

(١) سورة النساء :٥٨.

نعم، لو كانت في ذلك المحل في معرض التلف جاز نقلها إلى مكان آخر احفظ ولا ضمان عليه حتى مع نهي المالك(٤٠) بأن قال لا تنقلها وان تلفت، وان كان الأحوط حينئذ مراجعة الحاكم مع الإمكان(٤١).

(مسألة ١٠): لو تلفت الوديعة في يد المستودع من دون تعد منه

عنه، وأما الضمان فلتحقق التفريط والخيانة حينئذ.

(٤٠) أما جواز النقل فلأنه من صغريات الحسبة التي أذن فيها الشارع. أما عدم الضمان فلفرض إذن الشارع في نقله فتكون كالأمانة الشرعية التي تلفت بلا تعد ولا تفريط، مع أنه إحسان محض، ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[١]، مضافا إلى انه لا تصدق الخيانة والتفريط على مثل هذا العمل عرفا فلا يتحقق موضوع الخيانة أصلا حتى يثبت الضمان فهي باقية على أمانته المالكية تلفت بلا تعد ولا تفريط فلا وجه للضمان.

وأما تعميم الجواز حتى في صورة نهي المالك فلأن نهيه في أمثال هذه الموارد إنما صدر بزعم أن ما عينه حرز حافظ فإذا تبين الخلاف يزول موضوع النهي بلا إشكال، بل يمكن دعوى القطع برضاه في بعض الموارد وبذلك تبقى على أمانتها المالكية بلا احتياج إلى إدخالها في الأمانة الشرعية.

(٤١) الرجوع إلى الحاكم الشرعي في مثل هذه الأمور الحسبية متوقف على ان إتيانها متقومة بنظر الحاكم الشرعي كما في القضاء والحدود ونحوهما، أو انها مطلوبة من كل من قدر عليها بحسب الوظيفة الشرعية، مقتضى الإطلاقات والعمومات هو الثاني وطريق الاحتياط الأول مع الإمكان لأن قولهم عليهم السلام: «الله في عون المؤمن ما دام المؤمن في عون أخيه»[٢] غير قابل للتخصيص.

---

(١) سورة التوبة: ٩١.

(٢) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب فعل المعروف: ٢.

ولا تفريط لم يضمنها[٤٢]، وكذا لو أخذها منه ظالم قهرا سواء انتزعها من يده أو أمره بدفعها له بنفسه فدفعها كرها[٤٣].

نعم، يقوى الضمان لو كان هو السبب لذلك ولو من جهة إخباره بها أو إظهارها في محل كان مظنة الوصول إلى الظالم فوصل إليه بل مطلقا على احتمال قوي[٤٤].

(مسألة ١١): لو تمكن من دفع الظالم بالوسائل الموجبة لسلامة الوديعة وجب[٤٥] حتى انه لو توقف دفعه عنها على إنكارها كاذبا بل الحلف على ذلك جاز بل وجب[٤٦].

---

(٤٢) للإجماع بل الضرورة الفقهية، ونصوص مستفيضة منها قول الصادق عليه السلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[١]، مضافا إلى ما ارتكز في النفوس من منافاة الاستيمان للضمان مع عدم التفريط والخيانة.

(٤٣) كل ذلك لعدم تحقق التفريط والخيانة مضافا إلى حديث: «رفع ما استكرهوا عليه»[٢]، الشامل للوضعيات أيضاً، هذا مع ظهور الاتفاق.

(٤٤) النزاع في مثل هذه المسألة صغروي لا أن يكون كبرويا والمرجع في تخصيص الصغرى أهل الخبرة من العرف والصور المفروضة ثلاثة:

الأول: صدق التسبيب من المستودع عند العرف لإتلاف الوديعة.

الثاني: صدق عدمه كذلك.

الثالث: الشك في انه من التسبيب أو لا، ومقتضى إطلاق أدلة عدم الضمان في الأمانة عدم الضمان بعد صدق الأمانة عليه كما هو المفروض.

والأحوط التراضي.

(٤٥) لكونه مقدمة للحفظ الواجب عليه وتقدم الوجوب في مثله.

(٤٦) أما زوال حرمة الكذب لحفظ الوديعة فلأن حرمته تزول بعروض

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الوديعة: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الأيمان: ١٢.

فإن لم يفعل ضمن(٤٧)، وفي وجوب التورية عليه مع الإمكان إشكال أحوط ذلك وأقواه العدم(٤٨).

عنوان خاص عليه يكون أرجح عنها ولا ريب في أن انطباق عنوان حفظ الوديعة عليه يوجب زوال حرمته لكثرة ما ورد من الاهتمام بحفظ الوديعة، مضافا إلى الإجماع عليه في المقام وليس كذلك سائر المحرمات فلو توقف حفظ الوديعة على الغيبة مثلا لا يقولون بجوازه.

وأما وجوبه فلأنه مع زوال حرمة الكذب لا بد من وجوبه لوجود المقتضى للوجوب حينئذ وفقد المانع عنه.

وأما الحلف فالجملة من الأخبار منها قول أبي عبدالله عليه السلام: «إذا حلف الرجل تقية لم يضره إذا هو أكره واضطر إليه، وقال عليه السلام: ليس شيء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه»[1]، ومنها خبر بياع السابري، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة أودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة وماتت المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا: لصاحبتنا مال لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء، أ يحلف لهم؟ قال عليه السلام: إن كانت مأمونة عنده فليحلف، وإن كانت متهمة عنده فلا يحلف، ويضع الأمر على ما كان فإنما لها من مالها ثلثه»[2]، ومثله غيره.

(٤٧) لتحقق التفريط حينئذ، لأنه عبارة عما إذا تمكن من الحفظ ولم يفعله عن عمد واختيار وهذا المعنى ثابت حينئذ عرفا.

(٤٨) ذهب جمع إلى وجوبها لأن بها يجمع بين ترك الكذب وحفظ الوديعة، وآخرون إلى عدم الوجوب لإطلاق الأخبار المرخصة للكذب في

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الأيمان :١٨.

(٢) الوسائل باب: ٤١ من أبواب الأيمان :١٦.

(مسألة ١٢): إذا كانت مدافعته عن الظالم مؤدية إلى الضرر على بدنه من جرح وغيره أو هتك في عرضه أو خسارة في ماله لا يجب تحمله(٤٩) بل لا يجوز في غير الأخير(٥٠) بل فيه أيضاً ببعض مراتبه(٥١).

نعم، لو كان ما يترتب عليها يسيرا جدا بحيث يتحمله غالب الناس كما إذا تكلم معه بكلام خشن لا يكون هاتكا له بالنظر إلى شرفه ورفعة قدره وإن تأذى منه بالطبع فالظاهر وجوب تحمله(٥٢).

(مسألة ١٣): لو توقف دفع الظالم عن الوديعة على بذل مال له أو

المقام[١] ونظائره وعدم الإشارة فيها إلى التورية مع أن المفروض فيها الترخيص في الكذب ومع التورية لا كذب في البين حتى يحتاج إلى الترخيص.

(٤٩) للأصل بعد عدم دليل عليه وانصراف أدلة وجوب حفظ الوديعة عن مثله[٢]، مع أهمية حفظ النفس والعرض عن حفظ مال الغير.

(٥٠) لحرمة هتك العرض والإضرار بالنفس فلا يتحقق موضوع وجوب الحفظ من جهة حرمة مقدمته ولا ينتقض ذلك بما تقدم في الكذب لأنه خرج بالنص الخاص كما مر.

(٥١) كما إذا كان الهتك مما يتأثر منه نوع الناس، والمال مما يضر بالحال فيتحقق موضوع الحرمة ولا يبقى موضوع لوجوب حفظ الوديعة.

(٥٢) لفرض عدم تحقق الهتك والضرر المحرم وانما تحقق مطلق الإيذاء الذي قد يكون خياليا ووهميا ولا دليل على حرمته وإن كان هو أيضاً خلاف الأخلاق الشرعية والمجاملات الإنسانية خصوصا بالنسبة إلى بعض مراتب الإيمان الذي ورد فيه: «ان المؤمن لا يؤذي الذر»و يمكن اختلاف ذلك أيضاً باختلاف الأشخاص والخصوصيات فقد يحرم لأجل لعروض العناوين الثانوية

---

(١) راجع الوسائل باب: ١٢ من أبواب الأيمان حديث :١٦.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة ٥.

لغيره فإن كان بدفع بعضها وجب[٥٣] فلو أهمل فأخذ الظالم كلها ضمن المقدار الزائد على ما يندفع به منها لا تمامها[٥٤]. فلو كان يندفع بدفع نصفها فأهمل فأخذ تمامها ضمن النصف ولو كان يقنع بـالثلث فـأهمل فـأخذ الكـل ضـمن الثلاثين وهكذا، وكذا الحال فيما إذا كان عنده من شخص وديعتان وكان الظالم يندفع بدفع إحديهما فأهمل حتى أخذ كلتيهما فإن كان يندفع بإحداهما المعينة ضمن الأخرى[٥٥] وإن كان بإحداهما لا بعينها ضمن أكـثرهما قـيمة[٥٦] ولو توقف دفعه على المصانعة معه بدفع مال من المستودع لم يجب عليه دفعه تبرعا ومجانا[٥٧].

وقد لا يحرم.

(٥٣) وحيث ان بذل المال لحفظ الوديعة لا بد وأن يكون من المودع لأنه يرجع إلى مصلحة نفسه وهي حفظ ماله، والمفروض ان الوديعة أيضاً مال المودع فيصح أخذ ما يتوقف عليه حفظها من ماله هذا مع الانحصار كما هو المفروض ظاهرا، وأما مع عدمه فالظاهر التخيير لو لم يكن ترجيح في البين.

(٥٤) لأن التعدي والتفريط انما حصل بالنسبة إليه فقط وأما البـقية فـقد وجب دفعها إلى الظالم فلا موضوع للتفريط بالنسبة إليها فلا ضمان.

(٥٥) لتحقق التفريط بالنسبة إليه فقط فيضمن.

(٥٦) لفرض أن مورد التفريط واحد لا بعينه ويصح انطباقه على الأكـثر قيمة فيصدق التفريط بالنسبة إليه أيضاً.

ان قيل: انه يصدق على الأقل قيمة أيضاً فلا وجه للتخصيص.

يقال: مع صدق التفريط بالنسبة إلى الأكثر يدخل الأقل تـحته لا مـحالة بخلاف العكس فلا موضوع للتخيير بل يتعين الأكثر.

(٥٧) للأصل بعد عدم دليل من عقل أو نقل على وجوب بذل المال لحفظ مال الغير لمصلحته الراجعة إليه دون الباذل، وظاهرهم الإجماع أيضاً على عدم

و أما مع الرجوع به على المالك فإن أمكن الاستيذان منه أو ممن يقوم مقامه كالحاكم عند عدم الوصول إليه لزم(٥٨) فإن دفع بلا استيذان لم يستحق الرجوع به عليه(٥٩) وإن كان من قصده ذلك(٦٠) وإن لم يمكن الاستيذان فله ان يدفع ويرجع به على المالك إذا كان من قصده الرجوع عليه(٦١).

(مسألة ١٤): لو كانت الوديعة دابة يجب عليه سقيها وعلفها ولو لم يأمره المالك(٦٢). بل ولو نهاه(٦٣) ولا يجب ان يكون ذلك بمباشرته

الوجوب في نظائر المقام.

(٥٨) لأنه متمكن حينئذ من حفظ الوديعة بالنحو الشرعي فتشمله أدلة وجوب حفظها.

(٥٩) لعدم حصول تسبيب من المودع لأخذ مال المستودع ولم يحصل استيفاء منه لماله حتى يوجب ضمانه لما صرفه المستودع، فمقتضى الأصل براءة ذمة المودع عن ضمان مثل هذا المال.

(٦٠) لأن مجرد القصد لا أثر له في الضمان ما لم يكن تسبيب أو استيفاء من الغير أو إتلاف لماله في البين والكل منفي مع إمكان الاستيذان.

(٦١) لأنه مأذون حينئذ شرعا من باب الحسبة ولم يقصد المجانية فيجب على المالك تداركه لأن صرف المال وقع لمصلحته بإذن من الشارع.

(٦٢) لوجوب حفظ الوديعة شرعا ولا يحصل الوجوب إلا بذلك ولا مدخلية في أمر المالك فيه بعد إذن المالك الحقيقي.

نعم، لو كان عدم أمره أو نهيه لأجل قصور في المستودع يمكن القول ببطلان أصل الوديعة حينئذ.

(٦٣) لأهمية مراعاة حق الله تعالى في الحيوان من ملاحظة حق الآدمي، وقد ورد التأكيد في مراعاته مثل قوله ﷺ: «في كل كبد حرى أجر»[1]، وغيره

---

(١) النهاية لابن الأثير ج: ١ مادة: (حرر).

و ان يكون ذلك في موضعها فيجوز أن يسقيها بواسطة غلامه مثلا وكذا يجوز إخراجها من منزله للسقي وان أمكن سقيها في موضعها بعد جريان العادة بذلك(٦٤).

نعم، لو كان الطريق مخوفا لم يجز إخراجها كما انه لا يجوز أن يولي غيره لذلك إذا كان غير مأمون إلا مع مصاحبة أمين معه(٦٥).

وبالجملة: لا بد من مراعاة حفظها على المعتاد بحيث لا يعد معها عرفا مفرطا ومتعديا(٦٦) هذا بالنسبة إلى أصل سقيها وعلفها وأما بالنسبة إلى نفقتها فإن وضع المالك عنده عينها أو قيمتها أو اذن له في الإنفاق عليها من ماله على ذمته فلا إشكال(٦٧)، وإلا فالواجب أولا الاستيذان من

مما هو كثير في الأبواب المتفرقة.

وأما لو نهاه عن سقي الشجرة مثلا، فيمكن القول بلزوم اتباع نهيه إلا إذا رجع ذلك إلى سفاهة المالك فلا يصح أصل الوديعة حينئذ، ولو أخل بذلك ولم يسقه ولم يعلف حتى مات لم يضمن شيئا للمالك لفرض انه أقدم على إتلاف ماله بالنهي عن التعليف.

(٦٤) كل ذلك لأن حفظ الوديعة من العرفيات المنزلة عليها الأدلة الشرعية، والعرف لا يفرق بين ذلك مع جريان الأصل عن تعيين جهة خاصة وصدق الحفظ عرفا على ذلك كله.

(٦٥) لأن متعارف الناس لا يقدمون على الإخراج في الأول، وعلى الاستيمان في الثاني إلا بالمصاحبة مع الأمين.

(٦٦) لأنه كما ان كيفية الحفظ وتشخيص خصوصياته موكولة إلى نظر العرف تعيين التعدي والتفريط أيضاً موكول إلى نظره فمع حكمه بهما يترتب حكم التعدي أو التفريط ومع حكمه بالعدم لا موضوع لترتب آثار التعدي أو التفريط ومع الشك يرجع إلى الأصل.

(٦٧) في وجوب متابعة نظره لكون الأمر بيده لأنه المالك و «الناس

المالك أو وكيله(٦٨) فإن تعذر رفع الأمر إلى الحاكم(٦٩). ليأمره بما يراه صلاحا ولو ببيع بعضها للنفقة فإن تعذر الحاكم أنفق هو من ماله(٧٠)، ويرجع به على المالك مع نيته(٧١).

(مسألة ١٥): تبطل الوديعة بموت كل واحد من المودع والمستودع أو جنونه(٧٢) فإن كان هو المودع تكون في يد الودعي أمانة شرعية(٧٣).

مسلطون على أموالهم»[١].

(٦٨) لأصالة عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه والمفروض تمكن الاستيذان منه أو من وكيله.

(٦٩) لأنه لا معنى لحكومته إلا ولايته الشرعية على مثل هذه الأمور الحسبية.

(٧٠) لتحقق موضوع الحسبة حينئذ بالنسبة إليه فيكون مأذونا شرعا في الإنفاق.

(٧١) لأنه مع عدم نية الرجوع وإمكانها بالنسبة إليه ينطبق عليه عنوان التبرع والمجان ولا وجه للرجوع مع صدقهما.

نعم، لو كان غافلا عن هذه الجهة أو أنفق فعلا لأن يتأمل بعد ذلك في الرجوع وعدمه فمقتضى أصالةَ احترام المال وقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم»صحة الرجوع بعد ذلك ان شاء.

(٧٢) للإجماع، ولأن العقود الإذنية متقومة بالإذن حدوثا وبقاء، ومع زوال موضوع الإذن بالموت والجنون يزول القصد لا محالة.

(٧٣) لأن المفروض زوال إذن المالك وتعلق خطاب الشارع إلى الودعي برد الوديعة فورا الى مالكها الذي هو ورثة المودع ومن لوازم هذا الخطاب كون المال في يده بإذن الشارع حتى يرده إلى مالكه بعد عدم وجه لكون اليد يد

---

(١) البحار ج ٢ باب: ٢٣ من كتاب العلم حديث: ٧ ط: طهران.

فيجب عليه فورا ردها الى الوارث المودع أو وليّه أو إعلامهما بها(٧٤)، فإن أهمل لا لعذر شرعي ضمن(٧٥).

نعم، لو كان ذلك لعدم العلم بكون من يدعي الإرث وارثا أو انحصار الوارث فيمن علم كونه وارثا فأخر الرد والاعلام لأجل التروي والفحص عن الواقع لم يكن عليه ضمان على الأقوى(٧٦)، وإن كان الوارث متعددا سلمها إلى الكل أو الى من يقوم مقامهم(٧٧)ولو سلمها إلى البعض من غير إذن ضمن حصص الباقين (٧٨).

وإن كان هو المستودع تكون أمانة شرعية في يد وارثه أو وليه يجب عليهما ما ذكر من الرد إلى المودع أو اعلامه فورا(٧٩).

(مسألة ١٦): يجب رد الوديعة عند المطالبة(٨٠) في أول وقت

العدوان لا فعلا ولا سابقا، هذا مضافا إلى الإجماع على انقلاب الأمانة المالكية إلى الشرعية.

(٧٤) للإجماع بل الضرورة الفقهية إن لم تكن دينية وهذا حكم كل أمانة مالكية عند انقلابها إلى الشرعية.

(٧٥) لتحقق التفريط فيترتب عليه الضمان لا محالة.

(٧٦) للعذر الشرعي المقبول في التأخير فلا موضوع حينئذ للتفريط ولا منشأ للضمان.

(٧٧) لفرض انتقال الملك بالموت إلى الكل فيجب الدفع إليهم لأنهم الملاك والدفع إلى من يقوم مقامهم كالدفع إليهم شرعا.

(٧٨) لعدم وصول حقهم إليهم في المال المشترك بين الجميع، مع ان التسليم إلى البعض دفع بغير إذن صاحب الحق بالنسبة إلى حصصهم فيوجب الضمان لا محالة من جهة تحقق التفريط.

(٧٩) الكلام فيه عين الكلام فيما تقدم من غير فرق.

(٨٠) للضرورة الدينية، وتدل عليه الأدلة الأربعة فمن الكتاب قوله تعالى:

الإمكان(٨١) وان كان المودع كافرا محترم المال(٨٢). بل وإن كان حربيا

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾[١]، ومن السنة نصوص مستفيضة منها وصية أبي عبدالله عليه السلام في موثق ابن سيابة: «عليك بصدق الحديث وأداء الأمانة»[٢]، وفي موثق أبي كهمس: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام عبدالله ابن أبي يعفور يقرأك السلام قال عليه السلام: عليك وعليه السلام، إذا أتيت عبدالله فأقرأه السلام وقل له: ان جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به علي عليه السلام عند رسول الله صلى الله عليه وآله فالزمه فإن عليا عليه السلام إنما بلغ ما بلغ به عند رسول الله صلى الله عليه وآله بصدق

الحديث وأداء الأمانة»[٣]، وقوله عليه السلام: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة»[٤]، ومن الإجماع إجماع المسلمين بل العقلاء، ومن العقل حكمه الجزمي بقبح الخيانة.

(٨١) لأن وجوبه فوري عند كل من قال بوجوبه.

(٨٢) للإجماع، ولأصالة احترام المال، وظاهر جملة من النصوص وهي على عناوين يمكن استفادة الإطلاق منها بعد ظهور أن ذكرها من باب المثال:

الأول: قوله عليه السلام: «لا عذر فيها لأحد أداء الأمانة إلى البر والفاجر»[٥].

الثاني: قوله عليه السلام: «لو أن قاتل علي عليه السلام ائتمنني على أمانة لأديتها إليه»[٦].

الثالث: قوله عليه السلام: «أدّوا الأمانة إلى الأسود والأبيض وإن كان شاميا»[٧].

وظهوره في التعميم مما لا ينكر.

الرابع: قوله عليه السلام: «أدوا الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين عليه السلام»[٨]، وظهوره في التعميم ولو بالنسبة إلى الحربي مما لا ينكر لأنه عليه السلام جعل المناط حيثية الايتمان والنصيحة وهذه الحيثية تنطبق على

---

(١) سورة النساء :٥٨.

(٢) الوسائل باب: ١ من أبواب الوديعة :٦.

(٣) الوسائل باب: ١ من أبواب الوديعة :١.

(٤) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة :٢.

(٥) و (٦) و (٧) و (٨) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة: ٢ و ١ و ٣ و ٤.

مباح المال على الأحوط(٨٣).

والذي هو الواجب عليه رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها(٨٤)

الحربي وغيره.

الخامس: قولهعليه السلام: «أدّوا الأمانة إلى أهلها وان كانوا مجوسا»[١].

السادس: قول عليعليه السلام: «أدّوا الفريضة والأمانة الى من ائتمنكم ولو إلى قتلة أولاد الأنبياء»[٢]، ولا ريب في شمول مثل هذه التعبيرات لمطلق الكافر الذي يكون محترم المال، ولإطلاق قوله تعالى ﴿إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا﴾[٣].

(٨٣) لشمول قولهعليه السلام: «من ائتمنك وأراد منك النصيحة»للحربي أيضاً، ولصدق عنوان الخيانة التي هي أخص من احترام المال واباحته.

ومنشأ الإشكال إمكان دعوى انصراف الأدلة عنه لفرض اباحة ماله وان ماله كالمباحات الأولية للمسلمين فمن استولى منهم على مال الحربي بأي وجه كان يملكه فلا يبقى موضوع للرد أصلا بعد جواز استيلائهم على ماله بأي وجه أمكن، ولكن الحكم مع ذلك مشكل لذكر الناصب في خبر إسماعيل: «ان رجلا قال لأبي عبداللهعليه السلام الناصب يحل لي اغتياله؟ قال أدّ الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو الى قاتل الحسينعليه السلام»[٤]، مع أنه ورد النص بإباحة ماله في قولهعليه السلام: «خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا بخمسه»[٥].

(٨٤) لأنه ليست الوديعة من المعاوضات حتى يتقوم بالتسليم والتسلم والقبض والإقباض فبكل وجه سقط عرفا اعتبار الاستنابة والالتزام بالحفظ

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة :٥.

(٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة :١٤.

(٣) سورة النساء :٥٨.

(٤) الوسائل باب: ٢ من أبواب الوديعة :٤.

(٥) الوسائل باب: ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس :٦.

لا نـقلها إلى المـالك[٨٥] فـلو كـانت فـي صندوق مـقفل أو بـيت مـغلق ففتحهما عليه فقال ها هي وديعتك خـذها، فـقد أدى مـا هـو تكـليفه وخـرج من عهدته[٨٦]. كما أن الواجب عليه مع الإمكان الفـورية العـرفية[٨٧] فـلا يجب عليه الركض ونحوه والخروج من الحمام فورا وقطع الطـعام والصـلاة وإن كـانت نـافلة ونـحو ذلك[٨٨] وهـل يـجوز له التـأخير ليشـهد عـليه

يتحقق رد الوديعة وزوال موضوعها ولا ريب في سقوطهما بالتخلية بعنوان الرد فينتفي موضوع الوديعة قهرا، مع أن ظاهرهم الإجماع على كفايته، مضافا إلى انه يكفي مجرد التخلية في المعاوضات أيضاً، كما مر ففي المقام تكفي بالأولى.

(٨٥) لأصالة عدم وجوبه عليه بعد صدق الرد بمجرد التخلية عرفا.

(٨٦) لدلالة مثل هذه الافعال والتعبيرات عـلى إسـقاط التـزامـه بـحفظ الوديعة وجعل نفسه كالأجنبي بالنسبة إلى مال المالك مع إعلام المالك فيتحقق الرد بذلك لا محالة، ولا فرق فيما قلنا بين صورة مطالبة المالك وعدمه فيتحقق بذلك في الصـورتين، لدلالة التـخلية ـ بـين الوديـعة ومـالكها والقـول له خـذ وديعتك ـ على الرد في الصورتين وان كانت مع سبق مـطالبة المـالك لوديـعته أصرح وأقوى، هذا كله إذا تحققت التخلية مع اعلام المودع بذلك وازالة الموانع عن أخذ ماله وأما مع تحقق التَخلية وعدم الاعلام فلا يتحقق الرد بلا كلام وكذا العكس.

(٨٧) أما أصل الفورية فلأنها المستفاد من سياق ما ورد في رد الأمانات مطلقا من الكتاب والسنة مع كثرة التأكيد في الرد.

وأما العرفية فلتنزل جميع الفوريات الشرعية عليها الا ما خرج بالدليل ولا دليل في المقام على الخلاف.

وأما اعتبار الإمكان فلأن كل تكليف مشروط به كما هو معلوم والمراد به التمكن العرفي لا الدقي العقلي لعدم ابتناء الشرعيات عليه كما تقدم مكررا.

(٨٨) لأن جميع ذلك لا ينافي صدق الفورية بحكم المتعارف ومع الشك

قولان[٨٩].

أقواهما ذلك[٩٠] خصوصا لو كان الإيداع مع لإشهاد[٩١] هذا إذا لم يرخص في التأخير وعدم الإسراع والتعجيل وإلا فلا إشكال في عدم وجوب المبادرة[٩٢].

مسألة ١٧): لو أودع اللص ما سرقه عند أحد لا يجوز له رده عليه مع الإمكان[٩٣]،

فمقتضى الأصل بقاؤها.

(٨٩) منشأ القول بالمنافاة انه غير محتاج إليه لا شرعا ولا عرفا فيكون منافيا للفورية ومنشأ القول بعدم المنافاة: أن فائدته انه يترتب عليه قطع النزاع والمخاصمة فيترتب عليه الفائدة فلا يكون منافيا، والظاهر أن النزاع صغروي فمع وجود الأثر والفائدة لا ينافيها ومع عدم الأثر ينافي والمرجع فيه متعارف المتشرعة.

(٩٠) مع وجود أثر له في البين عرفا.

(٩١) لذهاب بعض إلى اختصاص عدم المنافاة للفورية بهذه الصورة وهو ان انطبق على الاحتياج العرفي إلى الإشهاد فعلا لا إشكال فيه وأما مع عدمه فهو من الدعوى بلا دليل.

(٩٢) لأن وجوب المبادرة إنما كان لمراعاة حق المودع ومع رضائه بالتأخير لا موضوع لوجوبها.

(٩٣) لأنه بمجرد وضع يده عليه صار ضامنا له شرعا ولا تفرغ ذمته إلا برده إلى مالكه لقوله تعالى ﴿إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا﴾[١]، واللص ليس أهلا لها، ولا فرق في الآية الكريمة بين الأمانات المالكية

---

(١) سورة النساء :٥٨.

بل يكون أمانته شرعية[٩٤] في يده فيجب عليه إيصاله إلى صاحبه ان عرفه وإلا عرّف سنة، فإن لم يجد صاحبه تصدق به عنه، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار أجر الصدقة كان له، وإن اختار الغرامة غرم له وكان الأجر له [٩٥].

(مسألة ١٨): كما يجب رد الوديعة عند مطالبة المالك يجب ردها إذا خاف عليها من تلف أو سرق أو حرق ونحو ذلك[٩٦] فإن أمكن إيصالها إلى المالك أو وكيله الخاص أو العام تعين وإلا فليوصلها إلى الحاكم لو

الصحيحة والأمانات الشرعية والمقام يكون من الثانية كما هو واضح هذا مضافا إلى الإجماع، وقاعدة على اليد[١].

(٩٤) أما عدم كونه أمانة مالكية فلعدم الإذن من المالك.

وأما كونها أمانة شرعية فلإيجاب الشارع عليه حفظها وإيصالها إلى المالك ولا معنى للأمانة الشرعية إلا هذا كاللقطة وغيرها مضافا إلى ما يأتي من خبر حفص.

(٩٥) الأصل في هذا التفصيل ـ مع موافقته للاعتبار الصحيح عند العرف والعقلاء ـ خبر حفص المعمول به عند الفقهاء، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا، واللص مسلم فهل يرد عليه؟ قال عليه السلام: لا يرده فإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرّفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه، وإلا تصدق بها وإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له فكان الأجر له»[٢].

(٩٦) لمعرضيتها للتلف في الخوف عليها وعدم تمكنه من الحفظ عند

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب الوديعة :١٢.

(٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب اللقطة :١.

كان قادرا على حفظها ولو فقد الحاكم أو كانت عنده أيضاً في معرض التلف بسبب من الأسباب أودعها عند ثقة أمين متمكن من حفظها[٩٧].

(مسألة ١٩): إذا ظهر للمستودع إمارة الموت بسبب المرض المخوف أو غيره يجب عليه ردها إلى مالكها أو وكيله مع الإمكان[٩٨] وإلا فإلى الحاكم[٩٩]، ومع فقده يوصي ويشهد بها[١٠٠]

حصول الخوف كما هو المفروض فيكون عدم الرد حينئذ تعديا فلو تلف ضمن، مضافا إلى ظهور الاتفاق على وجوب الرد حينئذ.

(٩٧) على المعروف أما تعين الرد إلى الثلاثة الأولى على الترتيب فلتحقق الرد إلى نفس المالك في الأول وإلى من هو مأذون منه في الأخيرين.

وأما الحاكم الشرعي والثقة الأمين فللإذن الشرعي في جواز رد الأمانة المالكية إليهما مع عدم إمكان الرد إلى المالك أو وكيله، والمشهور ان الحاكم مقدم على الثقة الأمين مع إمكان الرد إليه وقبوله لها، ويمكن دعوى السيرة على خلاف هذا الترتيب فنوع المتشرعين يضعون الامانة مع الخوف عند الثقة من دون مراجعة الحاكم الشرعي بل ينزلون البنوك والمصارف منزلة الثقة الأمين من غير مراجعة الحاكم.

والظاهر انه مع عدم إمكان ردها إلى المالك أو وكيله تنفسخ الأمانة المالكية وتصير الامانة شرعية وهي ترد إلى الحاكم مع الإمكان ومع عدمه فإلى الثقة الأمين لإذن الشارع لهم في الحفظ.

(٩٨) لصيرورة الأمر برد الأمانة مضيقا وفوريا بالنسبة إليه حينئذ ويشهد له سيرة المتشرعة والمهتمين بحقوق الناس فيحصل التضييق والفورية.

تارة: بمطالبة المالك.

وأخرى: بخوف الفوت.

(٩٩) لأنه بمنزلة مالكها شرعا فيكون الرد إليه كالرد إلى المالك شرعا.

(١٠٠) لانحصار وجوب الحفظ الواجب عليه فعلا في ذلك، مضافا إلى

فلو أهمل عن ذلك ضمن(١٠١) وليكن الإيصاء والاشهاد بنحو يترتب عليهما حفظ الوديعة وعدم ذهابها على مالكها(١٠٢) فلا بد من ذكر الجنس والوصف وتعيين المكان والمالك(١٠٣) فلا يكفي قوله عندي وديعة لبعض الناس فإن مثل هذا لا يجدي في إيصالها إلى مالكها(١٠٤).

نعم، يقوى عدم لزومهما رأسا ومن أصله فيما إذا كان الوارث مطلعا عليها وكان ثقة أمينا(١٠٥).

(مسألة ٢٠): يجوز للمستودع ان يسافر ويبقى الوديعة في حرزها السابق عند أهله وعياله لو لم يكن السفر ضروريا(١٠٦) إذا لم يتوقف

ظهور الإجماع وان اختلفت عباراتهم في كيفية التعبير.

(١٠١) لتحقق التفريط حينئذ عرفا وشرعا فيتحقق الضمان قهرا.

(١٠٢) لأنه لا أثر لوجوب الوصية إلا ذلك ومع عدمه تصير لغوا بل يتحقق التفريط والضمان.

(١٠٣) وكذا سائر الجهات التي تتوقف كيفية التعيين عليها المختلفة باختلاف أنحاء الودائع والأمكنة.

(١٠٤) وكذا مثل هذا التعبير من سائر التعابير المجملة عرفا.

(١٠٥) لكون الوارث حينئذ بنفسه مكلفا شرعا برد الوديعة فيكون بعد فوت المورث هو المكلف بالرد وحيث انه ثقة أمين فلا أثر حينئذ للوصية إلا التأكيد.

ولكن يمكن أن يقال: بأنه يستفاد مما ورد من كثرة التأكيد والحث على رد الوديعة كما تقدم بعضها ان القيام نفس المستودع بالوصية والإشهاد نحو موضوعية خاصة قطعا لعذرة وإن علم بقيام الوارث بذلك لو لم يوص به وحينئذ فمقتضى إطلاق وجوب رد الأمانة وجوب الإيصاء والإشهاد وان علم بقيام الوارث به.

(١٠٦) لأصالة الإباحة بالنسبة إلى السفر، وأصالة البراءة بالنسبة إلى وجوب

حفظها على حضوره والا فيلزم عليه اما الإقامة وترك السفر وإما ردها إلى مالكها أو وكيله مع الإمكان وإيصالها إلى الحاكم مع التعذر(١٠٧) ومع فقده فالظاهر تعيين الإقامة وترك السفر(١٠٨) ولا يجوز أن يسافر بها ولو مع أمن الطريق ولا إيداعها عند الأمين على الأحوط لو لم يكن أقوى(١٠٩).

الإقامة بعد عدم فرض خطر من السفر على الوديعة.

(١٠٧) لانحصار حفظ الوديعة حينئذ في هذه الأمور فيجب ما تيسر ويسقط ما تعذر وتعسر.

(١٠٨) مقدمة لحفظ الامانة الواجب عليه فعلا وهي مقدمة منحصرة ان لم نجز له إيداعها عند الأمين ولا أن يسافر بها وإلا فيخير بين الأمور الثلاثة.

(١٠٩) أما عدم جواز السفر بالودائع والأمانات فإنه المنساق من الأدلة والروايات الواردة في الاهتمام الأكيد بحفظها والتأكيد الشديد على ذلك في سيرة المتشرعة بل المهتمين بحفظ أموالهم وودائعهم فإنهم لا يسافرون بالأموال خصوصا في الأزمنة القديمة التي كانت الأسفار خطيرة، ويشير إليه قوله ﷺ: «ان المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى»[1]، ومع الشك في شمول الأدلة له لا يصح التمسك بها لأنه من التمسك بها في الشبهة الموضوعية فيرجع إلى أصالة عدم جواز هذا التصرف الخاص مع إمكان الحفظ في السفر.

وأما الوضع عند الأمين فهو أيضاً كذلك لكونه مترتبا على عدم إمكان حفظه بنفسه والمفروض تمكنه منه بترك السفر وعلى هذا فيكون بالسفر بها أو وضعها عند الأمين متعديا يضمن بالتلف.

وما يقال: في وجه جواز المسافرة بها والإيداع عند الأمين من انه إذا كان ذلك بقصد حفظ الامانة يشمله إطلاق أدلة حفظ الأمانة فلا يكون ذلك تعديا.

---

(١) النهاية لابن الأثير ج: ٤ صفحة: ٩٨ مادة (قلت) والقلت: الهلاك.

وأما لو كان السفر ضروريا له فإن تعذر ردها إلى المالك أو وكيله وكذا إيصالها إلى الحاكم تعين إيداعها عند أمين (١١٠) فإن تعذر سافر بها محافظا لها بقدر الإمكان (١١١) وليس عليه ضمان (١١٢).

نعم، في مثل سفر الحج ونحوه من الأسفار الطويلة الكثيرة الخطر اللازم ان يعامل فيه معاملة من ظهر له أمارة الموت من ردها ثمّ الإيصاء والاشهاد بها على ما سبق تفصيله (١١٣).

(مسألة ٢١): المستودع أمين ليس عليه ضمان لو تلفت الوديعة أو تعيبت بيده (١١٤)

لا وجه له: لأن مجرد القصد لا يكفي بل لا بد من انطباق عنوان الحفظ عرفا وعدم صدق التعدي والتفريط كذلك ومقتضى السيرة عدم انطباق الأول بل وصدق الثاني خصوصا في الأمانات الخطيرة المهمة.

(١١٠) لكونه حينئذ أحفظ للوديعة من المسافرة بها عند متعارف الناس.

(١١١) لانحصار طريق الحفظ في المسافرة بها حينئذ.

(١١٢) لفرض عدم تحقق عنوان التعدي والتفريط بل كان بانيا على الحفظ بقدر الإمكان.

(١١٣) لانحصار طريق الحفظ في ذلك حينئذ وكذا الودائع الخطيرة ولو كانت المسافرة غير طويلة بحيث يخشى عليها من السفر بها عادة.

(١١٤) إجماعا بل ضرورة من الفقه، ونصوصا كثيرة منها قول أبي عبدالله عليه السلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[١]، وعنه عليه السلام أيضاً عن النبي صلى الله عليه وآله: «ليس لك ان تتهم من ائتمنته ولا تأمنن الخائن وقد جربته»[٢]، إلى غير ذلك من الاخبار ولا يخفى ان هذه الامانة ليست تعبدية شرعية بل حصلت

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الوديعة :١.
(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب الوديعة :١.

إلا عند التفريط أو التعدي (١١٥). كما هو الحال في كل أمين (١١٦) أما التفريط (١١٧)

من استيمان المودع والمالك ومن القواعد النظامية أن من استأمن شخصا باختياره ينافي ذلك تضمينه مع التلف وكذا الحكم في الأمانات الشرعية أيضاً حيث ان التأمين مطلقا ينافي التضمين مع التلف.

(١١٥) نصا وإجماعا من الفقهاء بل من العقلاء فعن محمد بن الحسن قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام هو ضامن لها إن شاء الله»[١]، وتقتضيه قاعدة اليد بعد زوال أمانته وثبوت خيانته بالتعدي أو التفريط.

(١١٦) فتزول أمانته وتثبت خيانته بالتعدي أو التفريط فيضمن ما تعدى فيه أو فرط، لقاعدة اليد والإجماع والنصوص الواردة في الأبواب المتفرقة كما سيأتي التنبيه عليها، مع ان الحكم من ضروريات الفقه.

(١١٧) التعدي والتفريط ليسا من الحقائق الشرعية حتى يحتاج إلى بيان الشارع ولا من الموضوعات المستنبطة حتى يحتاج إلى نظر الفقيه بل هما من المفاهيم العرفية المختلفة باختلاف الأمانات والأزمنة والأمكنة بل الرسوم والعادات فالمرجع فيهما تحقق الصدق العرفي فمع الصدق كذلك لا ريب في زوال الأمانة وثبوت الخيانة وتحقق الضمان ومع صدق العدم لا ريب في بقاء الأمانة وعدم الخيانة وعدم الضمان ومع الشك والتردد في الصدق وعدمه من أهل العرف فالمرجع أصالة عدم الخيانة وأصالة بقاء الاستيمان وعدم الضمان إلا أن يثبت الخلاف.

إن قيل: ان من كثرة اهتمام الشارع بالودائع والأمانات يستفاد ان المناط

---

(١) الوسائل باب: ٥ من أبواب الوديعة: حديث: ٥.

فهو الإهمال في محافظتها وترك ما يوجب حفظها(١١٨) على مجرى العادات بحيث يعدّ معه عند العرف مضيعا ومسامحا(١١٩) كما إذا طرحها في محل ليس بحرز وذهب عنها غير مراقب لها أو ترك سقي الدابة وعلفها أو ترك نشر ثوب الصوف والإبريسم في الصيف أو أودعها أو سافر بها من غير ضرورة أو ترك التحفظ من الندى فيما تفسده النداوة كالكتب وبعض الأقمشة وغير ذلك وأما التعدي(١٢٠) وهو: ان يتصرف فيها بما لم يأذن له

في عدم الضمان صدق التحفظ فمع عدم صدقه يثبت الضمان سواء صدقت الخيانة أو لا فلا وجه لتثليث الأقسام.

يقال: انه مخالف لظواهر الكلمات المعلقة للضمان على التعدي أو التفريط فتكون الأقسام ثلاثة حينئذ.

(١١٨) يصح تفسير التفريط بالأمر الوجودي أي: الإهمال والمسامحة في حفظ الشيء، كما يصح تفسيره بالأمر العدمي أي عدم العناية والاهتمام بحفظه، وصغرياته قد تكون وجودية كطرح الثوب في مكان يكون معرضا لفساده وقد يكون عدميا كعدم نشر الصوف مثلا في الصيف فيفسد ولا ثمرة عملية في البين إلا دعوى جريان الأصل الموضوعي فيه مع الشك عند كونه وجوديا فلا ضمان عليه وجريانه فيما إذا كان عدميا أيضاً ولكن لا يثبت به الضمان لكونه من الأصل المثبت.

وفيه: انه لا فائدة في جريان الأصل بعد قبول قول المستودع لكونه أمينا مع وجود أصالة عدم الخيانة وبقاء الامانة وأصالة البراءة عن الضمان.

(١١٩) لأن المرجع في صدق التفريط هو العرف لما تقدم من أن الموضوع من العرفيات لا من الشرعيات التعبدية ولا العقليات ولا الموضوعات المستنبطة.

(١٢٠) المرجع فيه أيضاً هو العرف المختلف باختلاف الجهات

المالك مثل ان يلبس الثوب أو يفرش الفراش أو يركب الدابة(١٢١) إذا لم يتوقف حفظها على التصرف(١٢٢) كما إذا توقف حفظ الثوب والفراش من الدود على اللبس والافتراش أو يصدر منه بالنسبة إليها ما ينافي الأمانة ويكون يده عليها على وجه الخيانة كما إذا جحدها لا لمصلحة الوديعة ولا لعذر من نسيان ونحوه(١٢٣) وقد يجتمع التفريط مع التعدي كما إذا طرح الثوب أو القماش أو الكتب ونحوها في موضع يعفّنها أو يفسدها(١٢٤).

والخصوصيات.

فتارة: يصدق التعدي.

وأخرى: يصدق عدمه.

وثالثة: يتردد العرف في الصدق وعدمه، والحكم واضح مما مر فلا وجه للإعادة.

(١٢١) فإن كل ذلك تصرف يحتاج إلى الإذن ومع عدمه يحرم ولا يجوز بل يكون خيانة.

(١٢٢) فإنه يجوز بل يجب حينئذ مقدمة للحفظ الواجب كما مر.

(١٢٣) لأن المتشرعة يرون ذلك منافيا للأمانة بل يعدونه من الخيانة.

(١٢٤) أما صدق التعدي فلفرض انه تصرف فيه بما لم يأذن به المالك وهو الطرح في مكان يكون معرضا للفساد وأما صدق التفريط فلفرض أنه أهمل في عدم أخذه من ذلك المكان الذي يكون معرضا له فيكون تعديا باعتبار أصل حدوث هذا العمل وتفريطا باعتبار البقاء، ويمكن انطباق التعدي والتفريط باعتبار أصل الحدوث أيضاً، لأن التعدي والتفريط من الأمور الإضافية فيصح أن يكون شيء واحد تعديا من حيث عدم الإذن فيه وتفريطا من حيث انطباق عنوان الإهمال والمسامحة في الحفظ عليه عرفا وبعد تحقق الضمان بتحقق صرف الوجود من كل منهما لا ثمرة عملية بل ولا علمية للبحث عن اجتماعهما

و لعل من ذلك ما إذا أودعه دراهم مثلا في كيس مختوم أو مخيط أو مشدود فكسر ختمه أو حل خيطه وشده من دون ضرورة ومصلحة(١٢٥) ومن التعدي خلط الوديعة بماله سواء كان بالجنس أو بغيره وسواء كان بالمساوي أو بالأجود أو بالأردى(١٢٦).

وأما لو مزجه بالجنس من مال المودع كما إذا أودع عنده دراهم في كيسين غير مختومين ولا مشدودين فجعلهما كيسا واحدا ففيه إشكال(١٢٧).

(مسألة ٢٢): معنى كونها مضمونة بالتفريط والتعدي كون ضمانها عليه ولو لم يكن تلفها مستند إلى تفريطه وتعديه وبعبارة أخرى تتبدل يده الأمانية غير الضمانية إلى الخيانية الضمانية(١٢٨).

أو افتراقهما.

(١٢٥) لأن كسر الختم وحل الخيط فعل غير مأذون فيه فيكون تعديا ومن حيث انه نحو إهمال ومسامحة في حفظ الوديعة يكون تفريطا ولا ريب في كونه مستنكرا عند المتشرعة ويلام المستودع عليه ويتأمل الناس في إيداع الوديعة لديه بعد اطلاعهم على صدور هذا العمل منه فينطبق عليه عنوان الخيانة لديهم، مع أن صدق التعدي والتفريط يستلزم صدق الخيانة أيضاً.

(١٢٦) كل ذلك لعدم الإذن من المالك في الخلط فيكون تعديا لا محالة بل يكون تفريطا أيضاً لصدق الإهمال في حفظ الوديعة عرفا لأن المتشرعة والمهتمين بحفظ الودائع يعدون ذلك إهمالا في حفظ الوديعة عرفا وعدم مبالاة بها.

(١٢٧) من أنه تصرف غير مأذون فيه بالخصوص من المالك فيكون تعديا، ومن احتمال ان عدم الختم والشد قرينة عرفية على الإذن في مثل هذا التصرف فلا يكون تعديا ويمكن الاختلاف باختلاف الأشخاص والجهات وسائر القرائن.

(١٢٨) للإجماع والنص كما تقدم في مكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي

(مسألة ٢٣): لو نوى التصرف في الوديعة ولم يتصرف فيها لم يضمن بمجرد النية[١٢٩].

نعم، لو نوى الغصبية بأن قصد الاستيلاء عليها والتغلب على مالكها كسائر الغاصبين ضمنها لصيرورة يده يد عدوان بعد ما كانت يد استيمان[١٣٠] ولو رجع عن قصده لم يزل الضمان[١٣١] ومثله ما إذا جحد الوديعة أو طلبت منه فامتنع من الرد مع التمكن عقلا وشرعا فإنه يضمنها بمجرد ذلك[١٣٢] ولم يبرأ من الضمان لو عدل عن جحوده أو امتناعه[١٣٣].

(مسألة ٢٤): لو كانت الوديعة في كيس مختوم مثلا ففتحها وأخذ

محمدعليه السلام[١]، وتدل عليه قاعدة اليد بعد سقوط اليد عن الأمانية وانقلابها إلى الخيانة.

(١٢٩) للأصل بعد عدم صدور فعل منه يشعر بالخيانة والعدوان فلا يزول قبضه عن كونه قبضا عن المالك بمجرد صدور هذه النية منه.

نعم، لا ريب في كونه نحو تجري وموجبا لملامة الملاك بل المتشرعة لو أطلعوا عليه.

(١٣٠) كما يشهد به الوجدان واعترف به جمع من الأعيان منهم العلامة والمحقق الثاني وصاحب الجواهر.

(١٣١) لزوال الأمانة بتحقق الخيانة وحصول الاستيمان ثانيا يحتاج إلى حصول إذن جديد من المالك وهو مفقود فتجري أصالة بقاء الضمان حينئذ.

(١٣٢) لانقلاب يد الأمانة إلى الخيانة وتحقق العدوان بالوجدان.

(١٣٣) لثبوت خيانته حينئذ ولا وجه لعدم الضمان مع تحقق العدوان.

---

(١) تقدم في صفحة: ٢٨٤.

بعضها ضمن الجميع (١٣٤) بل المتجه الضمان بمجرد الفتح كما سبق (١٣٥) وأما لو لم تكن مودعة في حرز أو كانت في حرز من المستودع فأخذ بعضها فإن كان من قصده الاقتصار عليه فالظاهر قصر الضمان على المأخوذ دون ما بقي (١٣٦) وأما لو كان من قصده عدم الاقتصار بل أخذ التمام شيئا فشيئا فلا يبعد أن يكون ضامنا للجميع (١٣٧).

(مسألة ٢٥): لو سلمها الى زوجته أو ولده أو خادمه ليحرزوها

---

(١٣٤) لصدق الخيانة في الوديعة فينقلب الاستيمان إلى الخيانة والعدوان.

(١٣٥) تقدم في (مسألة ٢١) وتقدم وجهه هناك.

(١٣٦) لصدق الخيانة بالنسبة إلى المأخوذ وأصالة بقاء الأمانة بالنسبة إلى البقية بعد عدم وقوع خيانة منه في حرز المودع وعدم كون الوديعة ملحوظة من حيث المجموع عرفا خصوصا مع بنائه على إبقاء الأمانة في البقية.

(١٣٧) لأنه بقصده التعدي في الجميع ثبتت الخيانة منه بالنسبة إلى الجميع فانقلبت الأمانة إلى الخيانة حينئذ ولا يلحظ أخذه متدرجا بعد ذلك لأنه متفرع على خيانته الأولية المتحققة بالنسبة إلى قصد أخذ الجميع.

ومنه يظهر انه ينبغي الجزم بالضمان بالنسبة إلى الجميع.

نعم، لو لم يقصد أخذ الجميع أولا وكان بانيا على إبقاء الامانة لكنه حصل له قصد مستقل عند أخذ البعض مقتصرا عليه حين الأخذ ثمَّ بدئ له ان يأخذ البعض الآخر وهكذا حتى أتم الجميع يكون ضامنا للجميع لفرض وقوع الخيانة بالنسبة إلى التمام متدرجا فالأقسام ثلاثة:

الأول: أخذ البعض مقتصرا عليه فقط مع البناء على إبقاء الأمانة في البقية أو الغفلة عن ذلك.

الثاني: البناء على المجموع لكن أخذ البعض واقتصر عليه فقط.

الثالث: أخذ الكل متدرجا مع البناء في كل مرة على الاقتصار على خصوص ما أُخذ فقط وحكم الكل واضح.

ضمن[١٣٨] إلا أن يكونوا كالآلة لكون ذلك بمحضره وباطلاعه ومشاهدته[١٣٩].

(مسألة ٢٦): إذا فرط في الوديعة ثمَّ رجع عن تفريطه بأن جعلها في الحرز المضبوط وقام بما يوجب حفظها أو تعدى ثمَّ رجع كما إذا لبس الثوب ثمَّ نزعه لم يبرأ من الضمان[١٤٠].

نعم، لو جدد المالك له الاستيمان ارتفع الضمان[١٤١] فهو مثل ما

وأما خبر الخثعمي عن الصادقعليه السلام: «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن؟ فقالعليه السلام: لا يأخذ إلا ان يكون له وفاء قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قالعليه السلام: نعم»[١] وخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال: «سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير إذن صاحبها؟ فقالعليه السلام: إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ ويرده»[٢]، فمخالفان لأصول المذهب ولا عامل بهما كما في الجواهر غيره من الكتب الفقهية.

(١٣٨) لأن الإذن من المودع كان مختصا بخصوص المستودع.

نعم، لو كان إذنه عاما بحيث شملهم أيضاً فلا ضمان لفرض التعميم في الإذن من المودع مثلا.

(١٣٩) لأن حفظهم حفظ نفسه حينئذ لفرض كونهم من مجرد الآلة كما لو كان الحفظ بحراسة حيوان.

(١٤٠) لانقلاب يده من الأمانة إلى الخيانة وسقوط إذن المالك بذلك فتتمحض يده في العدوان ولا ريب حينئذ في تحقق الضمان والعصيان حدوثا وبقاء.

(١٤١) لفرض حصول إذن جديد من المالك فلا يبقى موضوع معه

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب أحكام الوديعة.

إذا كان مال بيد الغاصب فجعله بيده أمانة فإن الظاهر انه بذلك يرتفع الضمان من جهة تبدل عنوان يده من العدوان إلى الاستيمان ولو أبرأه من الضمان ففي سقوطه بذلك قولان(١٤٢).

نعم، لو تلفت العين في يده واشتغلت ذمته بعوضها لا إشكال في صحة الإبراء وسقوط الحق به(١٤٣).

(مسألة ٢٧): لو أنكر الوديعة أو اعترف بها وادعى التلف أو الرد ولا

للضمان.

هذا إذا أخذ المالك الوديعة عنه ثمَّ أعطاه بعنوان الوديعة الثانية المستقلة لا ريب ولا إشكال فيه.

وأما لو كان المال في يد المستودع وجدد مجرد الإذن فقد يقال ببقاء الضمان للأصل.

وفيه: ان المتشرعة يحكمون بتبدل الموضوع حينئذ فكيف يجري معه الأصل، مع انه قد صار يده بعد الإذن كيد المالك فلا يتصور موضوع للضمان مع ذلك.

(١٤٢) معروفان مبنيان على ان مورد الإبراء والإسقاط لا بد وان يكون اشتغالا ذميا متحققا وثابتا فلا موضوع له في المقام لعدم ثبوت اشتغال الذمة إلا بعد التلف والمفروض عدم التلف بعد، أو يكفي فيه مجرد المنشئية الاقتضائية لاشتغال الذمة ولو لم يكن فعليا فيصح حينئذ لتحقق المنشئية والاقتضاء والتأهل، والظاهر ان مراتب الاقتضاء والمنشئية مختلفة فمع صدق الإبراء والاسقاط عرفا يصح، ومع عدم الصدق أو الشك فيه فمقتضى الأصل البقاء ولعله بذلك يمكن الجمع بين الكلمات فراجع.

(١٤٣) لتحقق اشتغال الذمة فعلا فيكون المقتضي للإبراء والإسقاط موجودا والمانع عنه مفقود فيصح الإبراء والإسقاط فلا إشكال فيه من أحد حينئذ.

بينة فالقول قوله بيمينه(١٤٤). وكذلك لو تسالما على التلف ولكن ادعى

---

(١٤٤) أما قبول قوله فلظهور الإجماع، ولأنه أمين ومحسن فيشمله إطلاق مرسل المقنع المنجبر، قال: «سئل الصادق عليه السلام عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم ولا يمين عليه»[1]، وقوله عليه السلام في موثق ابن صدقة: «ليس لك ان تأتمن من خانك، ولا تتهم من ائتمنت»[2]، وقول أبي جعفر عليه السلام: «لم يخنك الأمين ولكن ائتمنت الخائن»[3]، الذي يستفاد منه حكمان:

الأول: عدم المبادرة إلى اتهام الأمين ما لم تثبت خيانته بحجة معتبرة.

الثاني: عدم استيمان الخائن فإن الملامة تتوجه إلى المالك دون الخائن الذي يكون ملاما ومنفورا على كل حال.

وأما اعتبار عدم البينة للمالك في قبول قول المستودع فهو واضح لا ريب فيه لأنها حجة معتبرة على صدق الدعوى ومع وجود الحجة المعتبرة على صدق المدعى لا موضوع لقبول قول المنكر، وقال صلى الله عليه وآله: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[4].

وأما لزوم اليمين عليه فمقتضى كونه أمينا ومحسنا، وفي مصلحة المالك عدم الاحتياج في قبول قوله إليها كما في جميع موارد الاستيمانات من المضاربة وغيرها، وفي الفقيه: «قضى مشايخنا (رضي الله عنهم) على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن ولا يمين عليه» هذا بالنسبة إلى أصل قبول قوله مع صرف النظر عن قطع المنازعة بينهما.

وأما بملاحظة رفع الخصومة والمنازعة فلا بد من أحدهما، لانحصار رفعها بالبينة أو اليمين ومع عدم الأولى ـ كما هو المفروض ـ يتعين الثاني.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ٤ من أبواب الوديعة: ٧ و ٩.

(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب الوديعة: ٤.

(٤) الوسائل باب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم: ٣.

عليه المودع التفريط أو التعدي(١٤٥).

(مسألة ٢٨): لو دفعها إلى غير المالك وادعى الإذن من المالك فأنكر المالك ولا بينة فالقول قول المالك(١٤٦) وأما لو صدّقه على الإذن، لكن أنكر التسليم إلى من اذن له فهو كدعواه الرد إلى المالك مع إنكاره في القول فالقول قوله(١٤٧).

(مسألة ٢٩): إذا أنكر الوديعة فلما أقام المالك البينة عليها صدقها، لكن ادعى كونها تالفة قبل ان ينكر الوديعة لا تسمع دعواه(١٤٨)فلا يقبل منه اليمين ولا البينة(١٤٩) على إشكال(١٥٠)، وأما لو ادعى تلفها بعد ذلك

وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فمن قال بعدم اعتبار اليمين أي: في أصل قبول قوله ومن قال بالاعتبار أي: في رفع الخصومة والمنازعة.

(١٤٥) لعين ما تقدم في سابقة من غير فرق.

(١٤٦) لأصالة عدم الإذن وحيث لا بينة في البين فلا بد من يمينه لقطع الخصومة والمنازعة.

(١٤٧) لثبوت وكالته عند المالك حينئذ فتكون دعوى الرد إليه كدعوى الرد إلى الموكل في أنه يقدم قول المستودع حينئذ لأنه أمين ومحسن وليس للمالك أن يتهمه كما مر.

(١٤٨) لأن دعواه التلف كالإقرار بأصل الوديعة، وهو ينافي إنكاره الأول فيصير إقراره لغوا وباطلا بإنكاره الأول.

(١٤٩) لأن قبولها متفرع على سماع الدعوى ومع عدم السماع لا موضوع لها ثمَّ انه مع عدم السماع فالظاهر كشف إنكاره عن الخيانة عرفا فيزول الاستيمان ويتحقق الضمان لو تلف.

(١٥٠) الأقوال في المسألة أربعة:

الأول: القبول لأنه دعوى صدر من الكامل فيشمله إطلاق الأدلة ولعموم

فلا إشكال في انه تسمع دعواه(١٥١)، لكن يحتاج إلى البينة(١٥٢).

البينة على المدعى واليمين على من أنكر»[١]، الشامل للمقام أيضاً.

الثاني: عدم القبول لأن كلامه متناقض ولا وجه لسماع الكلام المتناقض من حيث الإنكار ودعوى التلف قبله المنافي لإنكار أصل الوديعة عرفا، ولأنه بإنكاره الأول أوجد سبب الضمان، وهذا رجوع منه فلا يقبل.

الثالث: يجوز له إحلاف المالك فقط لا أن يتوجه على نفسه يمين أو بينة.

الرابع: التفصيل بين ما إذا أظهر لإنكاره سببا ظاهرا فيقبل وبين عدمه فلا يقبل، وليس في المسألة دليل خاص من إجماع أو غيره يعتمد عليه، وانما هي اجتهادية محضة والنزاع صغروي بينهم.

والحق انه إن أمكن الجمع بين كلاميه بحسب القرائن المعتبرة الحالية أو المقالية عند العرف وأبناء المحاورة بحيث لم يرجع إلى التناقض والتهافت ولم يرجع إلى الإنكار بعد الإقرار بسبب الضمان فلا بأس بسماع دعواه لوجود المقتضى، وهو كماله وظهور قوله وفقد المانع كما هو المفروض فيشمله اعتبار الظواهر في المحاورات وإن لم يكن كذلك فلا موضوع للسماع حينئذ وذلك مما يختلف باختلاف الأشخاص والخصوصيات والجهات ولا تضبطها ضابطة كلية، ولعل القول الرابع المنسوب إلى الشهيدين يرجع إلى هذا أيضاً وان كانت عباراتهما غير وافية بهذه التفصيل.

(١٥١) لوجود المقتضى للسماع وهو صدور الدعوى من الكامل وفقد المانع وهو عدم لزوم التناقض والتهافت في الكلام لبطلان إنكاره بتصديقه للمالك ثمَّ ادعى التلف بعد التصديق بالوديعة فلا تناقض ولا تنافي في البين.

(١٥٢) لعموم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» الشامل للمقام بلا محذور فيه وأصالة عدم حجية الدعوى وعدم قطع الخصومة إلا بحجة

---

(١) تقدم في صفحة: ٢٩٢.

(مسألة ٣٠): إذا أقر بالوديعة ثمَّ مات فإن عينها في عين شخصية معينة موجودة حال موته أخرجت من التركة[١٥٣] وكذا إذا عينها في ضمن مصاديق من جنس واحد موجودة حال الموت كما إذا قال احدى هذه الشياه وديعة عندي من فلان، ولم يعينها فعلى الورثة إذا احتملوا صدق المورّث[١٥٤] ولم يميزوا الوديعة عن غيرها أن يعاملوا معها معاملة ما إذا علموا إجمالا بأن إحدى هذه الشياه لفلان، وإذا عين الوديعة ولم يعين المالك كان من مجهول المالك[١٥٥] وقد مر حكم الصورتين في كتاب الخمس[١٥٦] وهل يعتبر قول المودع ويجب تصديقه لو عينها في معين واحتمل صدقه وجهان[١٥٧].

معتبرة.

(١٥٣) لكونه عين مال الغير باعتراف المورّث فليس للورثة فيه حق ونصيب فلا بد وان يرد إلى أهله.

(١٥٤) لأنه مع هذا الاحتمال تجري أصالة عدم انتقال المال إليهم ولا يجوز التمسك بعموم أدلة الإرث لأنه تمسك بالدليل في الموضوع المشكوك وهو لا يصح فيجب عليهم العمل بالوظيفة الشرعية وتقدم تفصيلها في كتاب الخمس، وأما إذا علموا بكذب المورث فلا شيء عليه.

(١٥٥) لأنه عبارة عن المال المعلوم الذي لا يعلم مالكه ولا ريب في انطباقه لى المقام.

(١٥٦) تقدم فيه ما يتعلق بتفصيل الأقسام الأربعة المتصورة في نظير المقام فراجع القسم الخامس مما يجب فيه الخمس، وهو: المال الحلال المخلوط بالحرام[١].

(١٥٧) من انه لا يعرف إلا من قبله فيقبل قوله فيه مع عدم المعارض،

---

(١) راجع ج ١١ صفحة :٤٠٨ ـ ٤٢٢.

و إذا لم يعينها بأحد الوجهين لا اعتبار بقوله إذا لم يعلم الورثة بوجود الوديعة في تركته حتى إذا ذكر الجنس ولم يوجد من ذلك الجنس في تركته(١٥٨) إلا واحد(١٥٩) إلا إذا علم ان مراده ذلك الواحد(١٦٠).

ويشهد له إطلاق خبر هشام بن سالم، قال: «سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس، فقال: انه كان عند أبي أجير يعمل عنده بأجر ففقدناه وبقي له من اجره؟ شيء ولا نعرف له وارثا؟ قال عليه السلام: اطلبه، قال: قد طلبناه ولم نجده، فقال عليه السلام: مساكين وحرّك يده، قال: فأعاد عليه. قال: أطلب واجهد فإن قدرت عليه وإلاّ فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه»(١)، وغيره من الاخبار كما سيأتي في باب اللقطة إن شاء الله تعالى.

ومن ان ما لا يعرف إلا من قبل القائل يقبل قوله فيه ليست قاعدة معتبرة ولم يدل عليه دليل بالخصوص في مقابل أصالة عدم الحجية وعدم وجوب ترتيب الأثر والخبر ورد في غير المقام فلا يجب التصديق إلا مع حصول الاطمئنان العادي من قوله.

(١٥٨) لأصالة البراءة عن وجوب شيء عليهم بعد عدم حجية اعتراف المورّث لفرض إجماله.

نعم، يكلفه بالبيان والتفسير لو أمكن ذلك.

(١٥٩) لأن ذكر الجنس أعم من كون ذلك الواحد الذي عنده هو عين ذلك الجنس وعين الوديعة كما هو واضح مثل إذا قال: «عندي ثوب وديعة»و لم يكن عنده إلا ثوب واحد فيحكم بظاهر اليد كونه له بعد عدم ثبوت كونه وديعة بطريق معتبر.

(١٦٠) لثبوت الوديعة وتعيّنها في الخارج بالعلم، وكذا لو ثبت تعينها بالبينة أو بقرائن معتبرة أخرى.

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب ميراث الخنثى :١.

فصـــل

(مسألة ١): لو اشترط اللزوم في الوديعة لزمت[١].

(مسألة ٢): يجوز للولي استيداع مال المولى عليه مع المصلحةإلى الثقة الأمين[٢].

(مسألة ٣): لو اشترط الضمان في الوديعة حتى مع عدم التعدي والتفريط فهل يصح الشرط[٣] **أو لا**[٤] **وجهان يمكن تقريب الأول**[٥].

---

(١) لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[١]، ودعوى إن الشرط مخالف لمقتضى عقد الوديعة مخدوش: بأنه مخالف لإطلاقه لا لذاته، وإن كان الأحوط التراضي.

(٢) للإطلاقات والعمومات واقتضاء ولايته ذلك.

(٣) لعموم دليل الشرط الشامل لهذا أيضاً.

(٤) بدعوى أن هذا الشرط مخالف لحقيقة الوديعة التي هي الاستيمان ولا ضمان على الأمين فيفسد الشرط.

(٥) بدعوى ان هذا الشرط مخالف لإطلاق عقد الوديعة لا لذاته.

هذا ولكن يظهر من بعض الفقهاء الإجماع على عدم صحة شرط الضمان في الوديعة المعهودة فإن تمَّ ذلك يكون هو المعول عليه وبه يخصص إطلاق دليل الشرط وعمومه، وإلا فالمرجع هو العموم والإطلاق.

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور: ٤.

والأحوط ان يكون ذلك بعنوان التعهد من ماله لخسارة التلف لا بشرط الضمان في الوديعة(٦).

(مسألة ٤): لو اشتبهت العين المودعة بغيرها من مال المستودع فإما أن تكونا مثليين من كل جهة يتخير المستودع بين أخذ أيهما شاء(٧) وكذا لو كانتا قيميين وكانتا متساويين في القيمة من كل جهة(٨) وأما لو كانتا مختلفين في القيمة فيجزي دفع ما هو أقل قيمة(٩). ولكن الأحوط التصالح(١٠) سواء كان المودع مدعيا لما هو الأكثر قيميا وكان المستودع منكرا أو لا(١١).

(مسألة ٥): لو أقام أحد البينة على انه هو المالك فأعطاه المستودع

---

(٦) وحينئذ لا يكون منافيا لمقتضى العقد ولا إشكال في صحة هذا الشرط.

(٧) لفرض التساوي بينهما عن كل جهة وعدم حصول ضرر على المستودع وعلى المودع وذلك كجملة كثيرة من الأثاث المنزلية المستحدثة التي تصدر من المكائن الخاصة بقياس وميزان واحد.

(٨) لجريان عين ما مر آنفا في القيمي أيضاً بعد ما فرض من التساوي.

(٩) لأصالة براءة ذمته عن الأكثر، لأن المسألة من صغريات الأقل والأكثر.

إن قيل: ان مقتضى الأصل الموضوعي عدم حصول فراغ الذمة عن وجوب رد الوديعة إلا بدفع ما هو الأكثر قيمة.

يقال: الشك إنما هو في أصل وجوب دفع غير ما هو المعلوم ـ وهو الأقل ـ فتجري البراءة بالنسبة إلى الأكثر.

(١٠) إذ المسألة خلافية مع إمكان المناقشة في بعض ما قلناه.

(١١) لأصالة عدم اشتغال ذمة المستودع بوجوب دفع ما هو الأكثر قيمة.

الوديعة ثمَّ بان الخلاف فالظاهر عدمِ الضمان(١٢).

(مسألة ٦): يجوز أن يودع المستودع الوديعة عند شخص أمين بإذن المودع بل يجوز الترامي فيها أيضاً بإذنه(١٣).

(مسألة ٧): نماء العين المودعة للمودع(١٤) إن لم يشرط كونها للمستودع(١٥).

(مسألة ٨): تصح الوديعة في غير المنقول كالعقارات والأراضي ونحوها(١٦).

(مسألة ٩): يجوز، ان يجعل المودع للمستودع جعلا لحفظ الوديعة(١٧).

---

(١٢) للأصل بعد عدم صدور تقصير وتفريط منه في الفحص مع كونه أمينا وان البينة حجة معتبرة.

نعم، لو عد مقصرا عرفا يتحقق الضمان لقاعدة اليد وسقوط أمانته بالتقصير.

(١٣) كل ذلك لوجود المقتضى من الإذن من المالك وفقد المانع فتشمله الأدلة.

(١٤) لقاعدة: «تبعية النماء للملك».

(١٥) لأن القاعدة المتقدمة إنما تجري فيما إذا لم يكن على الخلاف شرط في البين والمفروض تحقق الشرط فيجب الوفاء به، وتقدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في ضمن العقود الجائزة.

(١٦) لعموم الأدلة الشاملة لجميع ذلك.

(١٧) لقاعدة السلطنة.

إن قيل: إن الوديعة من العقود المجانية الإذنية.

يقال: نعم، لو لا الشرط على الخلاف.

(مسألة ١٠): لو أتلف المستودع الوديعة واشترى مثلها من كل جهة وحيثية ودفعها إلى المودع لا ريب في أنه أثم وهل يجب عليه اعلامه بذلك؟[١٨].

(مسألة ١١): الأموال المودعة في المصارف إن كان الإيداع لحفظ عينها بخصوص العينية لا يجوز للمصرف التصرف فيها[١٩]، وإن كان الإيداع لحفظ المالية من غير نظر إلى خصوصية العين يجوز التصرف فيها[٢٠]. ولو شك في ذلك فالظاهر جواز التصرف فيها[٢١] وإن كان الأحوط خلافه[٢٢].

(مسألة ١٢): ما تعطيه المصارف لأرباب الأموال المودعة فيها يجوز لهم أخذها[٢٣].

---

(١٨) مقتضى الأصل العدم بعد عدم دليل على الوجوب ولكن الأحوط الاعلام.

(١٩) لفرض تقييد المودع حفظ العين من حيث هي.

(٢٠) لأن نظر المالك تعلق بجهة المالية لا العينية والمفروض أن المالية محفوظة في المصرف.

(٢١) تنزيلا لمورد الشك على الغالب من ان نظر المودع في تلك الأموال حفظ المالية دون العينية.

(٢٢) تحفظا لأموال الناس مهما أمكن.

(٢٣) لقاعدة السلطنة، وأصالة الإباحة بعد عدم كون المفروض من القرض حتى يشمله دليل حرمة الرباء القرضي، بل الغالب ان ما تعطيه المصارف انما هو لأجل الترغيب والتشويق.

نعم، لو كان بعنوان القرض لا ريب في دخوله في موضوع الربا القرضي ما لم يحلل بنحو شرعي على ما يأتي تفصيله في القرض، وكذا لا ريب في عدم

(مسألة ١٣): يستحب أن يودع الإنسان دينه ونفسه وماله وأهله في كل صباح عند الله تعالى[٢٤]، وخصوصا عند ارادة السفر[٢٥].

(مسألة ١٤): يكره ايتمان الخائن وشارب الخمر[٢٦]، كما يكره

كونه داخلا في موضوع الرباء المعاملي لعدم كونه من المكيل أو الموزون.

وأما لو كان بعنوان المضاربة فيجوز الأخذ أيضاً لما يأتي في محله من صحة المضاربة في الأوراق النقدية أيضاً ولكن الأحوط التصالح والتراضي مع الحاكم الشرعي.

(٢٤) لأنه لا يضيع لديه الودائع ولا يخفى عليه الطلائع كما في جملة من الدعوات.

(٢٥) كما في جملة من الروايات في آداب السفر[١]، وغيره ومن شاء العثور فليرجع إلى محالها.

(٢٦) أما الأول فلقوله عليه السلام في صحيح حريز قال: «كانت لإسماعيل بن أبي عبدالله عليه السلام دنانير، وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه إنّ فلانا يريد الخروج الى اليمن، وعندي كذا وكذا دينار، أ فترى أن أرفعها اليه يبتاع لي بها بضاعة من اليمن، فقال أبو عبدالله عليه السلام: يا بني أما بلغك أنه يشرب الخمر، فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: يا بني لا تفعل، فعصى إسماعيل أباه ودفع اليه دنانيره فاستهلكها ولم يأته بشيء منها، فخرج إسماعيل، وقضى أن أبا عبدالله عليه السلام حج، وحج إسماعيل تلك السنة فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللهم أجرني واخلف عليّ. فلحقه أبو عبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه، وقال له: يا بني فلا والله مالك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته، فقال إسماعيل: يا أبه إني لم أره يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون، فقال: يا بني إن الله عز وجل يقول في كتابه:

---

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب آداب السفر إلى الحج.

تضمين الأمين(٢٧).

﴿يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ يقول: يصدق اللّٰه ويصدق المؤمنين فإذا شهد عندك المؤمنون فصدّقهم، ولا تأتمن شارب الخمر إن اللّٰه عز وجل يقول في كتابه ﴿وَ لاٰ تُؤْتُوا اَلسُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ﴾ فأيّ سفيه أسفه من شارب الخمر؟ ! إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانة، فمن ائتمنته على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنته على الله أن يأجره ولا يخلف عليه»[١].

(٢٧) لقول الصادقعليه السلام في خبر مسعدة بن صدقة: «ليس لك أن تتهم من ائتمنته»[٢].

---

(١) الوسائل باب: ٦ من أبواب الوديعة حديث :١.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب الوديعة حديث :١.

خاتمة

الأمانة على قسمين مالكية وشرعية[1].

أما الأول: فهو ما كان باستيمان من المالك وإذنه سواء كان عنوان عمله ممحضا في ذلك كالوديعة أو بتبع عنوان آخر مقصود بالذات كما في الرهن والعارية والإجارة والمضاربة فإن العين بيد المرتهن والمستعير والمستأجر والعامل أمانة مالكية، حيث ان المالك قد سلمها بعنوان الاستيمان وتركها بيدهم من دون مراقبة فجعل حفظها على عهدتهم[2].

وأما الثاني: فهو ما لم يكن الاستيلاء على العين ووضع اليد عليها باستيمان من المالك ولا إذن منه، وقد صارت تحت يده لا على وجه

---

(١) بالإجماع بل بضرورة الفقه، فوضع اليد على مال الغير اما عدواني أو إذني، وهو إما من المالك أو من الشارع وليس في البين قسم رابع.

(٢) ويدل على ذلك كله اتفاق الفقهاء وسيرة العقلاء في ذلك كله وبناؤهم على ان إعطاء العين في هذه الموارد بعنوان الحفظ والتحفظ عليه ولو كان بناء إجماليا ارتكازيا فلا تقع هذه العقود إلا مبنية على هذا البناء.

وبعبارة أخرى: الاستيمان المالكي..

تارة: مدلول مطابقي للعقد كما في الوديعة.

وأخرى: التزامي عرفي عقلائي كما في غيرها مما ذكر وقد تقدم في العارية وسيأتي في الإجارة والمضاربة ما ينفع المقام كما يأتي في الرهن بعض الكلام إن شاء الله تعالى.

العدوان[٣]، بل إما قهرا كما إذا طارته الريح أو جاء بها السيل مثلا في ملكه وإما بتسليم المالك لها بدون اطلاع منهما كما إذا اشترى صندوقا فوجد فيه المشتري شيئا من مال البائع بدون اطلاعه أو تسلم البائع أو المشتري زائدا على حقهما من جهة الغلط في الحساب واما برخصة من الشرع كاللقطة والضالة وما ينتزع من يد السارق أو الغاصب من مال الغير حسبة[٤].

للإيصال الى صاحبه وكذا ما يؤخذ من الصبي أو المجنون من مالهما عند

---

(٣) فإن الأولى أمانة مالكية، والثانية يد ضمان لا استيمان بالأدلة الأربعة.

(٤) الأمور الحسبية ما كانت خيرا وإحسانا محضا وعلم برضاء الشارع بالقيام بها من الإطلاقات والعمومات مثل قوله تعالى ﴿سَابِقُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾[١]، وقوله تعالى ﴿فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾[٢]، وقوله تعالى ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[٣]، وقوله صلى الله عليه وآله: «الله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[٤]، وانما الكلام في ان القيام بها يختص أولا بحاكم الشرع ومع عدم التمكن منه يقوم بها الثقات أو أنه لا ترتيب في البين فيصح قيام الثقات بها ولو مع التمكن من الحاكم الشرعي قولان؟.

والحق ان يقال: ان تصدي الحاكم الشرعي أو الإذن منه انما هو لإحراز الوثاقة والقيام بالعمل صحيحا وموافقا للموازين الشرعية فالمفروض إحراز ذلك كله وعليه فلا نحتاج إلى القول بالترتيب ولا الاستيذان منه، وإن كان ذلك لأجل الموضوعية فيه، فلا بد منه بلا إشكال، ومع الشك فاعتبار الوثاقة والقيام بالعمل بحسب الوظيفة الشرعية معلوم وموضوعية الإذن مشكوكة فالمرجع

---

(١) سورة الحديد: ٢١.

(٢) سورة البقرة: ١٤٨.

(٣) سورة التوبة: ٩١.

(٤) تقدم في صفحة: ٢٦٢.

خوف التلف في أيديهما حسبة للحفظ[٥] وما يؤخذ مما كان في معرض الهلاك والتلف من الأموال المحترمة كحيوان معلوم المالك في مسبعة أو مسيل ونحو ذلك فإن العين في جميع هذه الموارد تكون تحت يد المستولي عليها أمانة شرعية يجب عليه حفظها وإيصالها في أول أزمنة الإمكان إلى صاحبها ولو مع عدم المطالبة وليس عليه ضمان لو تلف في يده إلا مع التفريط أو التعدي[٦].

كالأمانة المالكية ويحتمل عدم وجوب إيصالها وكفاية إعلام صاحبها بكونها عنده وتحت يده والتخلية بينها وبينه بحيث كلما أراد ان يأخذ أخذها بل لا يخلو هذا من قوة[٧] ولو كانت العين أمانة مالكية بتبع

فيها هو الأصل فلا يعتبر الاستيذان بعد ذلك إلا إذا دل دليل بالخصوص عليه وهذا هو مقتضى الإطلاقات والعمومات المرغبة إلى الأمور الحسبية أيضاً.

(٥) الكلام فيه وفي نظائره عين الكلام فيما سبق من غير فرق بينها.

(٦) أما ان العين أمانة شرعية في هذه الموارد فبالإجماع بل الضرورة الفقهية.

وأما وجوب حفظها فلأنه حكم كل وديعة مالكية كانت أو شرعية إجماعا ونصا كما تقدم.

وأما وجوب الرد ولو مع عدم المطالبة فلإطلاق ما دل من الكتاب والسنة على رد الأمانات إلى أهلها غير المقيدة في المقام بالمطالبة كما مر.

وأما عدم الضمان مع التلف فلما مر مرارا من المنافاة بين الضمان والاستيمان مالكيا كان أو شرعيا.

وأما الضمان مع التعدي والتفريط فللأدلة الأربعة وتقدم مكررا.

(٧) لإطلاق أدلة رد الأمانة وصدقه على إيجاد المقتضى لاستيلاء المالك عليها، وأصالة عدم وجوب الزائد من ذلك على الأمين، إلا بدليل خاص وهو

عنوان آخر وقد ارتفع ذلك العنوان كالعين المستأجرة بعد انقضاء مدة الإجارة والعين المرهونة بعد فك الرهن والمال الذي بيد العامل بعد فسخ المضاربة ففي كونها أمانة مالكية أو شرعية وجهان بل قولان لا يخلو أولهما من رجحان(٨).

مفقود، ومقتضى إطلاق قوله تعالى ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[١]، الوارد في مقام التسهيل والامتنان ذلك أيضاً.

(٨) لأصالة بقاء الإذن من المالك بعد الشك في زواله، والشك في ان التقييد بالعنوان الخاص كان عقليا حقيقيا الذي يكون مدركا لانقلاب الأمانة المالكية الشرعية ولا يجري استصحاب إذن المالك حينئذ، أو كان مبنيا على العرف ومن باب حصول الداعي بحصول الإذن من المالك للأمين فيرجع إلى بقاء الإذن حينئذ.

ويمكن الاختلاف باختلاف الموارد والأشخاص والخصوصيات.

تمَّ بحمد الله وشكره الجزء الثامن عشر، ويتلوه الجزء التاسع عشر مبتدأ بأحكام الإجارة من كتاب العروة الوثقى، وان تقدم بعض العقود الإذنية بعد البيع ـ في هذا المجلد ـ على العقود التمليكية اللازمة إلا ان ذلك كان لأجل مراعاة ترتيب كتب العروة الوثقى.

محمد الموسوي السبزواري
١٤٠٣/٢/٦ هـ. ق

---

(١) سورة التوبة: ٩١.

فهرست الجزء الثامن عشر
من كتاب مهذب الاحكام

فصل في بيع السلف

فصل

فصل في بيع الحيوان

فصل

كتاب الجعالة

فصل في التأمين

كتاب العارية

كتاب الوديعة

خاتمه